

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARIA TERESA VASCONCELOS GUIMARÃES DA COSTA

O CORRUPTO É O INIMIGO DA VEZ? A CRIMINALIDADE DE COLARINHO
BRANCO E O PROCESSO PENAL DO INIMIGO

CURITIBA

2019

MARIA TERESA VASCONCELOS GUIMARÃES DA COSTA

O CORRUPTO É O INIMIGO DA VEZ? A CRIMINALIDADE DE COLARINHO
BRANCO E O PROCESSO PENAL DO INIMIGO

Dissertação apresentada como requisito parcial
à obtenção do título de Mestre no Programa de
Pós-Graduação em Direito, do Setor de
Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do
Paraná.

Orientadora: Prof.^a Dr.^a Clara Maria Roman
Borges.

CURITIBA

2019

C837c

Costa, Maria Teresa Vasconcelos Guimarães da
O corrupto é o inimigo da vez? A criminalidade de
colarinho branco e o processo penal do inimigo / Maria
Teresa Vasconcelos Guimarães da Costa; orientadora:
Clara Maria Roman Borges. – Curitiba, 2019.
193 p.

Bibliografia: p. 158-174.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do
Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-
graduação em Direito. Curitiba, 2019.

1. Corrupção. 2. Crime do colarinho branco. 3. Processo
penal. I. Borges, Clara Maria Roman. II. Título.

CDU 343.352

Catálogo na publicação - Universidade Federal do Paraná
Sistema de Bibliotecas - Biblioteca de Ciências Jurídicas
Bibliotecário: Pedro Paulo Aquilante Junior - CRB 9/1626



ATA DE SESSÃO PÚBLICA DE DEFESA DE MESTRADO PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE MESTRE EM DIREITO

No dia três de abril de dois mil e dezenove às 13:30 horas, na sala De defesa, PPGD-UFPR, foram instalados os trabalhos de arguição da mestranda **MARIA TERESA VASCONCELOS GUIMARÃES DA COSTA** para a Defesa Pública de sua dissertação intitulada **O CORRUPTO É O INIMIGO DA VEZ? A CRIMINALIDADE DE COLARINHO BRANCO E O PROCESSO PENAL DO INIMIGO**. A Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná, foi constituída pelos seguintes Membros: CLARA MARIA ROMAN BORGES (UFPR), GUILHERME BRENNER LUCCHESI (UFPR), FRANCISCO DE ASSIS DO RÊGO MONTEIRO ROCHA JÚNIOR (ABDConst). Dando início à sessão, a presidência passou a palavra a discente, para que a mesma expusesse seu trabalho aos presentes. Em seguida, a presidência passou a palavra a cada um dos Examinadores, para suas respectivas arguições. A aluna respondeu a cada um dos arguidores. A presidência retomou a palavra para suas considerações finais. A Banca Examinadora, então, reuniu-se e, após a discussão de suas avaliações, decidiu-se pela APROVAÇÃO da aluna. A mestranda foi convidada a ingressar novamente na sala, bem como os demais assistentes, após o que a presidência fez a leitura do Parecer da Banca Examinadora. A aprovação no rito de defesa deverá ser homologada pelo Colegiado do programa, mediante o atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca dentro dos prazos regimentais do programa. A outorga do título de mestre está condicionada ao atendimento de todos os requisitos e prazos determinados no regimento do Programa de Pós-Graduação. Nada mais havendo a tratar a presidência deu por encerrada a sessão, da qual eu, CLARA MARIA ROMAN BORGES, lavrei a presente ata, que vai assinada por mim e pelos membros da Comissão Examinadora.

CURITIBA, 03 de Abril de 2019.


CLARA MARIA ROMAN BORGES

Presidente da Banca Examinadora (UFPR)

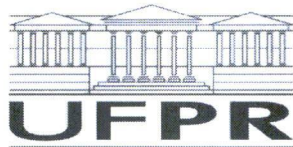

GUILHERME BRENNER LUCCHESI

Avaliador Externo (UFPR)


FRANCISCO DE ASSIS DO RÊGO MONTEIRO ROCHA JÚNIOR

Avaliador Externo (ABDConst)





MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
SETOR SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO DIREITO -
40001016017P3

TERMO DE APROVAÇÃO

Os membros da Banca Examinadora designada pelo Colegiado do Programa de Pós-Graduação em DIREITO da Universidade Federal do Paraná foram convocados para realizar a arguição da dissertação de Mestrado de **MARIA TERESA VASCONCELOS GUIMARÃES DA COSTA** intitulada: **O CORRUPTO É O INIMIGO DA VEZ? A CRIMINALIDADE DE COLARINHO BRANCO E O PROCESSO PENAL DO INIMIGO**, após terem inquirido a aluna e realizado a avaliação do trabalho, são de parecer pela sua APPROVAÇÃO no rito de defesa.

A outorga do título de mestre está sujeita à homologação pelo colegiado, ao atendimento de todas as indicações e correções solicitadas pela banca e ao pleno atendimento das demandas regimentais do Programa de Pós-Graduação.

CURITIBA, 03 de Abril de 2019.


CLARA MARIA ROMAN BORGES

Presidente da Banca Examinadora (UFPR)


GUILHERME BRENNER LUCCHESI

Avaliador Externo (UFPR)


FRANCISCO DE ASSIS DO RÉGO MONTEIRO ROCHA JÚNIOR

Avaliador Externo (ABDConst)



À minha mãe Rita, fonte de amor, apoio
e carinho incondicionais.

AGRADECIMENTOS

Sem qualquer pudor, agradeço primeiramente a mim, por não ter desistido mesmo nos períodos mais difíceis. As nossas lutas internas não devem jamais ser menosprezadas.

A Deus e a todas as fontes de amor, paz, sabedoria e aceitação.

Aos meus familiares que sempre estiveram presentes, em especial às mulheres da minha vida: Rita, Paulinha e Camile. Ao meu avô Enéas, maior entusiasta e divulgador orgulhoso das minhas conquistas, com muita saudade.

Também à minha família de quatro patas: Funny, Jake e Floquinha, pelas brincadeiras e descontração tão importantes durante o Mestrado e, em especial, ao Elvis e à Lana, meus parceiros em tantos dias e noites de pesquisa e escrita, que foram recheadas de amor graças aos meus companheiros felinos.

Às minhas amigas e meus amigos, maiores presentes dos primeiros cinco anos de Santos Andrade, que me dão muita força e tantas alegrias: Jana (e toda a família maravilhosa que nos acolheu), Bibi, Ivie, Pri Jorge, Anninha, Débora 'Carlinha', 'Woody' Cercal e Nicolas. Também às amigas e aos amigos que sempre me recordam que existe vida para além das colunas do Prédio Histórico, em especial: Thiago, Katrin, Jean, Ricardo, Giulie, Gabe, Lilian, Rebeca e Erik.

À minha orientadora, Professora Clara Maria Roman Borges, que admiro pelo posicionamento de resistência ao machismo no meio acadêmico e que é responsável pelo meu primeiro encantamento com o processo penal. A Professora Clara disse em uma aula na pós-graduação (que eu, na época da graduação, apenas assistia como ouvinte) que nossos temas de pesquisa dizem muito sobre quem somos e sobre aquilo que nos incomoda. Com ela também comecei a me incomodar e a querer pesquisar sobre processo penal.

Às Professoras e aos Professores que instigaram novas discussões e ideias durante o meu cumprimento dos créditos: Vera Karam, Katya Kozicki, Fabrício Tomio e Luís Fernando Lopes Pereira. Também aos Professores da graduação que me influenciaram na paixão pela área penal, Francisco Monteiro Rocha Jr. e Rui Carlo Dissenha e, em especial, à minha orientadora de TCC, Professora Priscilla Placha Sá. Também pelo exemplo de penalista e Professor, ao Décio Franco David. E por todas as oportunidades que sempre me deu, ao Gilson Bonato.

À toda equipe da Revista da Faculdade de Direito UFPR nesse período de trabalho como editora executiva, em especial à oportunidade de aprendizado possibilitada pelo Professor Tomio e pela Professora Melina Fachin. Ao Márcio Eduardo Zuba, sempre muito solícito, sagaz e eficiente, e ao Gustavo e ao Eduardo, pelo companheirismo nesse projeto.

Às demais orientandas e aos orientandos da Professora Clara, pelas excelentes discussões, apontamentos e também momentos de desconcentração, em especial: Nikolai, Ana, Bruna, Flávio, Frank, Guilherme e Alessandra. Aos meus colegas do PPGD, em especial aos 'mestrandos cafezinho': Maria Fernanda, Gustavo, Eduardo, Juliana, Maurício, Gustavo, Pedro e Lukas.

À turma que teve paciência com a minha inexperiência na prática de docência, em especial às queridas e aos queridos Gustavo, Giuliana, Alice, Carolina, Percegon, Beatriz, Carlos Eduardo e Bruno.

Ao PET, na pessoa da minha eterna tutora, Professora Eneida Desiree Salgado, pelo convite para publicação com o grupo neste ano, e à minha competentíssima e muito querida parceira nesse trabalho, Maria Clara Hanna.

À Georgetown Law, de Washington DC, que me recebeu como pesquisadora visitante de Mestrado, em especial à Mariah Strauch-Nelson, *Program Manager do Office of Transnational Programs*.

À Capes, pela minha bolsa CAPES/PROEX que permitiu dedicação exclusiva às atividades do Mestrado. A todas as servidoras e aos servidores, além das trabalhadoras e dos trabalhadores terceirizados que desempenham suas atividades na Universidade.

Por fim, com muito amor e gratidão, reforço o meu agradecimento à minha mãe Rita. Como sempre, além de excelente professora e advogada, é também revisora de todos os meus textos, inclusive deste. Eventuais erros são por culpa da minha insistência.

“Durante as falas do promotor e do meu advogado, posso dizer que se falou muito de mim, e talvez até mais de mim do que do meu crime”.

(O estrangeiro – Albert Camus, 1942)

“Money, it's a crime.
Share it fairly but don't take a slice of my
pie.

Money, so they say
Is the root of all evil today.
But if you ask for a raise it's no surprise
that they're giving none away”.

(Money – Pink Floyd, 1973)

RESUMO

O cenário jurídico brasileiro passou a conviver com uma enorme espetacularização de casos criminais envolvendo crimes econômicos. Tendo isso em vista, a partir da teoria do direito penal do inimigo desenvolvida por Günther Jakobs, procurou-se verificar a hipótese de que o criminoso de colarinho branco, mais especificamente o corrupto, seria o novo inimigo no processo penal brasileiro. Para isso, foi utilizado o método de pesquisa em doutrina e jurisprudência. No primeiro capítulo, visando delimitar o objeto de estudo, foram levantadas algumas premissas sobre direito penal econômico, teoria do crime de colarinho branco e fenômeno da corrupção. No segundo capítulo, foi desenvolvida uma pesquisa de jurisprudência no Supremo Tribunal Federal (STF) para verificar as violações a garantias processuais penais que estão ocorrendo nos julgamentos de crimes de corrupção. No terceiro capítulo, foi feita uma análise da teoria do direito penal do inimigo, que tem como características: estar presente antes que um delito de fato ocorra; prever uma sanção extremamente severa; e supressão de direitos processuais. No quarto capítulo, foram verificados alguns aspectos do exemplo estadunidense de direito penal do inimigo no combate ao terrorismo. Também foi analisado o papel do processo penal midiático na construção do inimigo, sendo que, há alguns anos no cenário brasileiro o foco foi o combate ao tráfico de drogas. Ainda, verificou-se a crescente visibilidade para crimes econômicos no país, em especial com a Operação Lava Jato. Foi, então, realizada uma reflexão sobre a possibilidade de se negociar com o inimigo, levando em conta os acordos de delação premiada. Não se concorda com o posicionamento de que um dos elementos do arsenal do processo penal do inimigo seriam os mecanismos de delação premiada. Isso porque, se a teoria do direito penal do inimigo prevê a negação do status de pessoa a um indivíduo considerado um inimigo que necessita ser neutralizado, não se pode pensar que ele possa negociar um acordo. O corrupto pode ser considerado o novo inimigo no contexto de crise política pela qual passa o país. Contudo, trata-se de um inimigo midiático, não correspondendo rigorosamente ao inimigo descrito por Jakobs. De qualquer forma, o direito penal do inimigo faz parte da realidade dos sistemas jurídicos criminais. Não é possível conferir tratamento diferenciado a um inimigo sem que as garantias de todos os cidadãos sejam violadas.

Palavras-chave: Colarinho branco; Corrupto; Direito penal do inimigo; Garantias processuais.

ABSTRACT

Brazilian judicial scenario has a huge spectacularization of criminal cases involving economic crimes. Based on Günther Jakobs' theory of criminal law of the enemy, the hypothesis that the white-collar criminal, more specifically the corrupt, would be the new enemy in Brazilian criminal procedure was verified. The method of research in doctrine and case law was used. In the first chapter, in order to delimit the object of study, some premises were raised on economic criminal law, white-collar crime theory and the corruption phenomenon. In the second chapter, a case law research in the Supreme Federal Court (STF) was developed to verify violations of criminal procedural guarantees that are occurring in the trials of corruption crimes. In the third chapter, an analysis was made of the theory of criminal law of the enemy, whose characteristics are: criminal law being present before a crime actually occurs; extremely severe penalties; and suppression of procedural rights. In the fourth chapter, some aspects of the American example of criminal law of the enemy in the fight against terrorism were verified. It was also analyzed the role of the media in criminal procedure in the construction of the enemy. A few years ago, the focus was on combating Brazilian drug trafficking. Also, there is a growing visibility for economic crimes in Brazil, especially with Operation Car Wash. A reflection on the possibility of negotiating with the enemy was carried out, taking into account the plea bargaining deals. One does not agree with the idea that one of the elements in the enemy criminal procedure arsenal would be the mechanisms of plea bargaining. The theory of criminal law of the enemy denies the status of person to an individual considered an enemy that needs to be neutralized, because of that, the enemy cannot negotiate a plea bargaining. The corrupt can be considered the new enemy in the context of political crisis through which Brazil passes. However, it is a media enemy, not corresponding strictly to the enemy described by Jakobs. In any case, the criminal law of the enemy exists in criminal legal systems. It is not possible to confer differentiated treatment on an enemy without violating the guarantees of all citizens.

Keywords: White-collar; Corrupt; Criminal law of the enemy; Procedural guarantees.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	01
1. CRIMINALIDADE ECONÔMICA.....	05
1.1 PREMISSAS PARA UMA DEFINIÇÃO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO.....	05
1.2 A TEORIA DOS CRIMES DE COLARINHO BRANCO.....	11
1.3 SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE OS CRIMES TRADICIONAIS E OS CRIMES DE COLARINHO BRANCO.....	28
1.4 O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO.....	31
2. O PROCESSO PENAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.....	39
2.1 METODOLOGIA DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL.....	39
2.2 VIOLAÇÕES A GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS EM CRIMES DE CORRUPÇÃO: O EXEMPLO DO CASO LULA.....	41
2.2.1 CUMPRIMENTO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA.....	49
2.2.2 CONDUÇÃO COERCITIVA.....	57
2.2.3 PRISÕES CAUTELARES.....	61
2.3 VIOLAÇÕES DE GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS NOS CASOS DA CRIMINALIDADE TRADICIONAL.....	72
3. O PROCESSO PENAL DO INIMIGO.....	76
3.1 A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GÜNTHER JAKOBS.....	77
3.2 ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS DA TEORIA DE GÜNTHER JAKOBS.....	91
3.3 VIOLAÇÕES A GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A EXISTÊNCIA DE UM PROCESSO PENAL DO INIMIGO.....	96
4. O CORRUPTO COMO INIMIGO NO PROCESSO PENAL.....	102
4.1 O INIMIGO DA VEZ: UM PROCESSO PENAL MUDIÁTICO, DO TRÁFICO DE DROGAS AO COLARINHO BRANCO.....	102
4.2 COMBATENDO UM INIMIGO: O EXEMPLO ESTADUNIDENSE APÓS O ATENTADO DE 11 DE SETEMBRO DE 2001.....	120

4.3	É POSSÍVEL NEGOCIAR COM O INIMIGO? CONSIDERAÇÕES SOBRE UM PROCESSO PENAL DO INIMIGO E A COLABORAÇÃO PREMIADA.....	132
4.4	REFLEXOS DO COMBATE À CORRUPÇÃO NO PROCESSO PENAL.....	143
	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	149
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	158
	APÊNDICE A - DECISÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO.....	175
	APÊNDICE B – DECISÕES SOBRE CONDUÇÕES COERCITIVAS.....	178
	APÊNDICE C – DECISÕES SOBRE PRISÕES CAUTELARES.....	184

INTRODUÇÃO

Os crimes econômicos vêm ganhando grande destaque midiático no cenário jurídico brasileiro. Escândalos envolvendo políticos e empresários de renome que teriam praticado crimes econômicos estampam os jornais. Em um momento de instabilidade política pelo qual passa o país, há uma 'seleção criminalizante' que se deve em grande parte à falta de cobertura política e econômica a seus agentes.

Apesar disso, a corrupção política, e também os crimes econômicos em geral, por muito tempo deixaram de receber atenção acadêmica. Isso é consequência, dentre outros fatores, da dificuldade de identificação das vítimas de corrupção e dos demais crimes de colarinho branco. Contudo, sua importância se dá tanto pelo enorme dano econômico e social que pode ser causado por essa forma de criminalidade, quanto pelos reflexos gerados em outras esferas.

Em sua análise, para melhor delimitar o objeto de estudo, são relevantes os conceitos de criminalidade econômica, de direito penal econômico e também da teoria do crime de colarinho branco. Desenvolvida por Edwin Sutherland, essa teoria foi uma das primeiras a conseguir explicar a criminalidade praticada por pessoas com melhores condições socioeconômicas, que são as principais autoras de crimes econômicos, de forma que a criminalidade deixa de ser atrelada necessariamente à pobreza.

No cenário dos crimes de colarinho branco está a figura do corrupto, ou seja, aquele que obtém vantagem em negócios ilícitos para favorecer alguém em detrimento de outrem. Nesse contexto, entram políticos e grandes empresários que oferecem e aceitam suborno, favorecem indevidamente alguma empresa em um processo de licitação, ou apoiam políticos em troca de vantagens econômicas e posições de poder, por exemplo.

A atenção nacional se voltou à criminalidade de colarinho branco, em especial à corrupção, em um momento em que julgamentos como o do Mensalão e a Operação Lava Jato da Política Federal ganharam e ainda vêm ganhando grande destaque midiático e interesse por parte da população. Conhecida como Mensalão, a Ação Penal nº 470 no Supremo Tribunal Federal (STF) foi um caso de denúncia de corrupção política envolvendo compra de votos de

parlamentares. Já a chamada Operação Lava Jato é uma investigação em andamento na Polícia Federal, sendo uma das maiores investigações de corrupção e lavagem de dinheiro do país.

Nesse contexto, se mostra importante a análise da teoria desenvolvida por Günther Jakobs, do direito penal do inimigo. Jakobs faz uma divisão entre o que ele chama de 'direito penal do cidadão' e o 'direito penal do inimigo'. O direito penal do cidadão seria aquele no qual há o processamento de um fato delituoso cotidiano, enquanto o direito penal do inimigo envolveria medidas para evitar perigo de danos futuros, com uma face de segurança preventiva.

Ao desenvolver sua teoria de um direito penal do inimigo, Jakobs traça um 'esboço a respeito do Direito Processual Penal'. Nesse contexto, sobretudo na prisão preventiva, o inimigo seria aquele que coloca a tramitação ordenada do processo em risco. Por isso, o Estado supriria direitos desse indivíduo.

Nesse sentido, da mesma forma como no direito material, as regras mais extremas do chamado processo penal do inimigo se dirigiriam à eliminação de riscos terroristas. Entre essas regras, além da decretação de prisão preventiva, Jakobs aponta situações como medidas de supervisão desconhecidas pelo imputado no momento de sua execução, intervenção nas telecomunicações (como a interceptação telefônica) e a atuação de agentes infiltrados em organizações criminosas.

Esse inimigo eleito pelo sistema penal não corresponde a uma única figura, mas acaba, em determinados momentos políticos e sociais, se voltando com mais força, ao menos no seu aspecto midiático, para uma espécie de inimigo. O grande foco do combate à criminalidade esteve até muito recentemente ligado ao tráfico de drogas, sendo ainda um dos principais alvos das políticas punitivistas estatais. No cenário atual, um dos inimigos pode ser aquele que, apesar de não cometer crimes violentos e facilmente identificáveis, pratica delitos com enormes impactos econômicos. Dessa forma, busca-se verificar a possibilidade desse processo penal do inimigo estar sendo aplicado para outros inimigos. No caso em análise, aqueles que praticam crimes de colarinho branco, entre eles, o corrupto.

Além da exposição midiática, polêmicas em torno de procedimentos empregados no Mensalão e em relação às prisões preventivas decretadas no âmbito da Operação Lava Jato, por exemplo, demonstram como o foco do

sistema penal pode ter se voltado para os crimes econômicos, levando a uma série de supressões de garantias processuais penais.

Um tratamento diferenciado para a neutralização de qualquer inimigo, mesmo que ele vista um colarinho branco, é contrário aos pressupostos constitucionais em um Estado Democrático e Social de Direito. Dessa forma, a importância deste estudo está no fato de que um estreitamento das garantias processuais penais acaba sempre afetando os tradicionais destinatários do sistema penal, ou seja, aqueles que não têm poder econômico e político para, muitas vezes, receberem uma defesa satisfatória. Nesse sentido, visa-se verificar em que pontos possíveis violações a garantias processuais penais em processos que tratam de crimes de colarinho branco aproximam, no cenário jurídico brasileiro atual, os autores dessa espécie de criminalidade à figura do inimigo desenvolvida na teoria do direito penal do inimigo, de Jakobs.

Por meio de metodologia a partir de pesquisa jurisprudencial e análise qualitativa de decisões envolvendo crimes de corrupção, serão verificadas algumas garantias processuais penais constitucionais que estão sendo violadas. Também será utilizada a pesquisa doutrinária para analisar os conceitos de crimes econômicos, crimes de colarinho branco e a teoria do direito penal do inimigo e seus aspectos processuais penais.

Primeiramente, será delimitado o objeto de estudo, trazendo conceitos de criminalidade econômica, de direito penal econômico e da teoria dos crimes de colarinho branco de Sutherland. Além disso, serão tecidos comentários sobre as semelhanças e distinções entre o processo penal nos crimes econômicos e naqueles envolvendo a chamada criminalidade tradicional. Ainda, serão discutidos aspectos do fenômeno da corrupção, de forma a delimitar os marcos criminológico e legal do tema.

Já no segundo capítulo, será realizada pesquisa de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) para identificar possíveis violações a garantias processuais penais em crimes de corrupção. A pesquisa será feita nas ferramentas de busca do *sítio* do STF, tendo em vista as questões tratadas estarem diretamente relacionadas a garantias constitucionais. O foco será analisar as decisões sobre cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, decisões sobre conduções coercitivas e decisões envolvendo a aplicação de prisões cautelares, tendo em vista serem

situações em que se observam constantemente violações a garantias. O recorte temporal será de 2014 (devido à promulgação da Lei nº 12.850/2013, conhecida como Lei de Organizações Criminosas, além do início da Operação Lava Jato, em 2014) até 2018 (ano de realização da pesquisa).

Feita a pesquisa jurisprudencial, será realizada uma análise de doutrina para verificar a hipótese em que aqueles que praticam crimes de colarinho branco, ou mais especificamente, crimes de corrupção, aproximam-se da figura do inimigo da teoria de Günther Jakobs, em especial em seus aspectos processuais penais.

Tendo isso em vista, no terceiro capítulo será abordada uma concepção de processo penal do inimigo, a partir da teoria desenvolvida e esboçada em seus aspectos processuais penais por Jakobs. Ainda, haverá uma leitura das garantias no processo penal brasileiro e suas possíveis violações, para que então seja possível refletir sobre a existência de um processo penal do inimigo.

No quarto e último capítulo, haverá o enfrentamento da questão da possibilidade de se compreender o corrupto como um inimigo no processo penal. Nesse contexto, será abordada a questão de um processo penal midiático, passando pelo foco do tráfico de drogas à criminalidade de colarinho branco, fazendo também um paralelo com a guerra contra o terrorismo. Para melhor verificar o cenário de um processo penal do inimigo, serão analisados o exemplo estadunidense após o atentado de 11 de setembro e as medidas tomadas no combate ao terrorismo nesse país, a partir de bibliografia coletada durante período de pesquisa na Georgetown University, em Washington, D.C.. Ainda, será abordada a situação da colaboração premiada, para o questionamento em relação à possibilidade de se negociar em um contexto de processo penal do inimigo. Por fim, serão analisados possíveis reflexos do combate à corrupção no processo penal.

1. CRIMINALIDADE ECONÔMICA

Um dos ramos do direito mais comentados na mídia, atualmente, é o do direito penal econômico. Essa recente popularidade ocorreu em parte devido à grande divulgação nos meios de comunicação das investigações e processos envolvendo crimes cometidos por grandes empresários e políticos que teriam movimentado quantidade significativa de dinheiro de origem ilícita.

Ganharam grande espaço na mídia, nos últimos anos, casos como o Mensalão e a Operação Lava Jato. A chamada Ação Penal nº 470 no Supremo Tribunal Federal (STF), que tratou do conhecido caso do Mensalão, foi fruto de uma denúncia de corrupção política envolvendo compra de votos de parlamentares que chamou a atenção da população para crimes praticados por pessoas detentoras de poder político e econômico. Mais recentemente, o foco se voltou para a chamada Operação Lava Jato, que consiste numa investigação realizada pela Polícia Federal e considerada pelo Ministério Público Federal “a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve.”¹

O ramo do direito penal econômico tem importantes diferenças em relação ao direito penal tradicional, pois tem por finalidade tutelar um bem jurídico não individual e de difícil identificação, isto é, busca proteger a ordem econômica, que se apresenta como um bem supraindividual e de difícil materialização.

Tanto seu estudo teórico como sua aplicação prática são tarefas muitas vezes complexas. Além disso, justamente devido à sua amplitude, corre-se o risco da generalização e de imprecisão. Por isso, é importante analisar o conceito de direito penal econômico para melhor delimitar sua abrangência.

1.1 PREMISSAS PARA UMA DEFINIÇÃO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO

O direito penal econômico ainda não tem uma conceituação precisa e bem delineada e os estudos nessa área revelam grandes discrepâncias entre os

¹ *Entenda o caso.* Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em 24 de set. de 2016.

autores.² A unanimidade ocorre em relação ao reconhecimento da existência de uma grave criminalidade contra a ordem econômica e o patrimônio que gera grande dano (extremamente maior do que aquele gerado pela criminalidade convencional), cujos autores são considerados pessoas “respeitáveis” socialmente.³

A criminalização vem abarcando diferentes áreas e atividades sociais, inclusive entrando no campo econômico. Ainda não existe conhecimento suficientemente desenvolvido sobre os crimes econômicos, mas se sabe que eles causam enormes danos à sociedade, gerando prejuízo material, físico e moral aos cidadãos, à economia e ao Estado, além de custos adicionais para as áreas de segurança, proteção e para o sistema de justiça criminal.⁴

O tratamento jurídico da ordem econômica na esfera penal apresenta uma grande complexidade em sua assimilação. Isso deriva de seu elevado tecnicismo terminológico, de sua relatividade e fluidez conceitual. As próprias variáveis político-econômicas provocam certa instabilidade e relatividade em suas normas, gerando tipos penais excessivamente obscuros e vagos.⁵

Para restringir o conceito de delito econômico, pondera-se que sua objetividade jurídica deve residir na ordem econômica, cujo bem jurídico protegido é supraindividual. O direito penal econômico refere-se, então, às ações que lesam ou põem em risco certa ordem econômica.⁶

Não se pode deixar de lado, contudo, o fato de que os crimes econômicos têm crescido nos últimos anos, ou ao menos a sua divulgação e internacionalização. Isso se deu muito por conta do impacto causado pela globalização e pelas mudanças na economia, consequência de uma aceleração e expansão global da tecnologia da informação. A análise dos crimes econômicos também foi evoluindo a partir dos anos de 1970, sendo um de seus aspectos a mudança do foco de uma criminalidade sem vítimas para o estudo

² MONREAL, Eduardo Novoa. Reflexões para a determinação e delimitação do delito econômico. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Nº 33. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 90-91.

³ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito Penal econômico e Direito Penal dos negócios. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Nº 33. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 122.

⁴ BELOUSOVA, S.V.. *Economic crimes: trends and ways to overcome them (with the Irkutsk Oblast as an example)*. *Problems of economic transition*. Vol 58, n. 7-9, 2016, p. 777.

⁵ PRADO, Regis Prado Luiz. *Direito Penal Econômico*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 37.

⁶ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito Penal econômico e Direito Penal dos negócios. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Nº 33. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 123.

do impacto gerado por esses crimes. Nesse sentido, traz-se a importância de mobilização da cooperação e coordenação internacional para ações coletivas contra crimes econômicos.⁷

Nesse contexto, está também o direito penal dos negócios, ou seja, uma criminalidade que se dá em meio a uma atividade comercial legítima. Essa espécie de criminalidade estaria ligada ao conceito de crime de colarinho branco desenvolvido por Edwin Sutherland. Afinal, os autores que praticam esses tipos de crimes pertenceriam a uma classe social elevada, atuando no exercício de sua profissão e produzindo danos de grande extensão.

Direito penal econômico compreenderia, para Heleno Cláudio Fragoso, os crimes contra a ordem econômica e aqueles praticados no exercício regular das atividades no âmbito de empresas públicas ou privadas.⁸ Aqui, o conceito de crime econômico pode também ser, portanto, diretamente relacionado à teoria de Sutherland. O criminólogo estadunidense entendia que os chamados crimes de colarinho branco seriam as “violações da lei praticadas por pessoas da classe socioeconômica mais alta”. Mais especificamente, ele definiu crime de colarinho branco como aquele que é praticado por um indivíduo de alto status social e grande respeitabilidade no curso de sua atividade profissional.⁹

Quando se observa a tipificação desses crimes, percebe-se que muitos deles são próprios das áreas empresariais daqueles que os praticam. Dessa forma, foram adicionados pelo legislador há relativamente pouco tempo. Por isso, diversos crimes econômicos estão previstos fora do Código Penal, sendo encontrados em leis esparsas, como a Lei 7.492/1986 (delitos contra o sistema financeiro nacional); a Lei 8.137/1990 (delitos contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo); a Lei 9.613/1998 e a nova redação dada pela Lei 12.683/2012 (delitos de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores); e, a Lei 12.850/2013 (define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção de prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal). Já o crime de corrupção está tipificado no

⁷ ABDULLAH, Daud Vicary; ASKARI, Hossein; MIRAKHOR, Abbas. The moral foundation of collective action against economic crimes. *PSL Quarterly Review*. Vol. 68, n. 272, 2015, p. 9, 12-13.

⁸ FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito Penal econômico e Direito Penal dos negócios. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Nº 33. Rio de Janeiro: Forense, 1982, p. 123-125.

⁹ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 33-34.

art. 317 (corrupção passiva) e no art. 333 (corrupção ativa) do Código Penal, havendo ainda a Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) e a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção).

Essa forma de criminalidade não é algo recente. Originalmente, contudo, o sistema penal tratava dos delitos econômicos apenas na sua esfera individual, protegendo bens como a propriedade e o patrimônio. Segundo Rodrigo Sánchez Rios, quando o Estado passou a ter uma função dirigente, com uma maior intervenção estatal na economia, surgiu a necessidade de que fossem criminalizadas condutas para além da esfera individual.¹⁰

Nesse novo contexto, vem a ideia de um bem jurídico supraindividual a ser tutelado pelo direito penal econômico. Assim, o conteúdo econômico do bem jurídico não se restringe a uma noção patrimonial individual. Bens de caráter coletivo, como a ordem tributária, o sistema financeiro, as relações de consumo, o sistema previdenciário e o meio ambiente, têm grande relevância social e, por isso, formam uma base para a realização do indivíduo em sociedade.¹¹

Apesar de o Estado não possuir o monopólio da atividade econômica, não há impedimento para que ele regule a atuação dos agentes econômicos, visando, por meio dessa intervenção, atingir objetivos compatíveis com o Estado do Bem-Estar Social. Não deixa de haver, contudo, controvérsia no que diz respeito ao uso do direito penal no setor econômico. Até mesmo porque, o direito penal clássico não traz respostas satisfatórias para o direito penal econômico em temas como o bem jurídico, o concurso de agentes e a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Sua própria legitimidade pode ser questionada quando se considera sua condição de *ultima ratio legis*.¹²

Questiona-se a legitimidade do direito penal para adentrar na esfera econômica com base no princípio da intervenção mínima ou da subsidiariedade. Esse princípio estabelece, como afirma Luiz Regis Prado, “que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência

¹⁰ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. *Revista dos Tribunais*. Ano 89, v. 775. São Paulo: RT, 2000, p. 432.

¹¹ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. *Revista dos Tribunais*. Ano 89, v. 775. São Paulo: RT, 2000, p. 433.

¹² RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. *Revista dos Tribunais*. Ano 89, v. 775. São Paulo: RT, 2000, p. 434-435.

pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa”.¹³

Os crimes econômicos podem trazer grandes consequências negativas à ordem econômica ou financeira, por exemplo. Em um Estado do bem-estar social, que possui uma série de compromissos constitucionais com os cidadãos, como os de proporcionar acesso à saúde e à educação, essas consequências negativas podem significar verdadeiros prejuízos à sociedade. Sendo assim, até o ponto em que indivíduos, além do Estado em si, sofram as consequências dessa espécie de criminalidade, existiria legitimidade para a presença do direito penal na esfera econômica.

O direito penal econômico é um ramo que não possui autonomia científica. Na realidade, como entende João Carlos Castellar, não seria direito penal propriamente dito, mas, a princípio, algo entre o direito administrativo e o das contravenções. Posteriormente, houve uma expansão do direito penal econômico visando tutelar bens jurídicos que antes eram protegidos por outros ramos do direito.¹⁴

Não haveria impedimentos para uma extensão dos limites de atuação do direito penal para além da tutela dos bens individuais. Isso porque ele não teria somente um caráter limitativo ou proibitivo, mas, também, um caráter prospectivo, que visa à concretização dos valores constitucionais, como um instrumento para sua efetivação. Isso faria sentido em um contexto de uma Constituição considerada dirigente, como a de 1988, diferentemente das constituições garantistas, cujas noções estariam ligadas somente a ideias liberais individualistas. A efetivação dos valores constitucionais por meio do direito penal estaria de acordo com um Estado de direito democrático e social, desde que não se deixem de observar os princípios penais de garantia, como o princípio da intervenção mínima.¹⁵

Os conceitos de direito penal econômico e delito econômico não são claros nem possuem um único significado, especialmente no âmbito do direito

¹³ PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*. 14 ed. São Paulo: RT, 2015, p. 117.

¹⁴ CASTELLAR, João Carlos. *Direito penal econômico versus direito penal convencional: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 271.

¹⁵ RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. *Revista dos Tribunais*. Ano 89, v. 775. São Paulo: RT, 2000, p. 437-438.

comparado. Como exemplo, os *delitos económicos* dos espanhóis, os *business crimes* dos ingleses e os *délits d'affaires* dos franceses não tratariam exatamente do mesmo assunto. Isso dificultaria o desenvolvimento de um pensamento científico que poderia ser enriquecido de uma melhor forma com o intercâmbio de experiências internacionais.¹⁶

Esse ramo do direito conversa diretamente com o direito econômico, que constitui uma área *sui generis*. Isso porque não se limitaria ao direito administrativo, envolvendo assuntos de direito civil e, em especial, de direito empresarial, com o qual sua fronteira de separação vai ficando cada vez mais tênue.¹⁷

O direito penal econômico é, dentre os ramos do direito penal, aquele que mais diretamente recebe influências das alterações nos quadros políticos e econômicos. Em uma economia de mercado, é grande a importância da atividade empresarial. Por isso haveria uma tendência para que o direito penal econômico passasse a ser chamado de direito penal da empresa.¹⁸

De acordo com a teoria anglo-americana mais recente, a ideia de um crime de colarinho branco desempenhado por um autor que é dotado de respeitabilidade e elevado status social vai perdendo importância para a peculiaridade do ato em si, seu *modus operandi*, realizado em um contexto profissional de sua atividade econômica.¹⁹

Dessa forma, pode-se perceber que, dentre os diversos conceitos de direito penal econômico, tem-se em comum a ideia de uma criminalidade contra a ordem econômica, cujo bem jurídico tutelado é supraindividual, de forma que as vítimas não são individualizadas e o prejuízo causado, apesar de ter grandes proporções, pode não ser facilmente identificado. Provoca, portanto, grande dano, em geral muito superior ao gerado pela criminalidade tradicional, sendo seus autores normalmente considerados pessoas de alto status e respeitabilidade social.

1.2 A TEORIA DOS CRIMES DE COLARINHO BRANCO

¹⁶ TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*. Barcelona: Ariel, 1985, p. 9.

¹⁷ TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*. Barcelona: Ariel, 1985, p. 9.

¹⁸ ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. O Direito Penal Econômico. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 7, nº 25. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 1999, p. 151.

¹⁹ TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*. Barcelona: Ariel, 1985, p. 10.

Tradicionalmente, a criminologia se voltou para explicar a criminalidade comum, normalmente relacionada com as desigualdades sociais consequentes do sistema capitalista de produção. A criminalização de condutas estaria ligada a um contexto de medo e demanda das elites em relação à população pobre que poderia atingir seus corpos e patrimônio.

Nessa perspectiva, a criminalidade de colarinho branco seria entendida como uma demanda difusa pela compensação da seletividade penal. Traria, contudo, respostas simbólicas, com modelos minimalistas, penas alternativas e pecuniárias, o que replicaria essa lógica de seletividade do sistema penal. Essa demanda de criminalização de condutas econômicas, com um sentimento de indignação pela impunidade das elites, teria também uma origem na luta entre capitais, em que questões penais influenciam a competição entre os atores do mercado.²⁰

Essa perspectiva pode até revelar algumas características normalmente relacionadas à criminalidade de colarinho branco, mas não corresponde a um estudo aprofundado sobre os delitos econômicos. E mesmo que explicasse a criminalização dessas condutas, não explica o porquê da prática desses crimes. A corrupção, por exemplo, não pode ser explicada direta e somente pelas desigualdades sociais decorrentes do sistema capitalista.

A criminalidade econômica acabou ficando de lado no contexto dos estudos criminológicos. Afinal, ela não pode ser explicada pela falta de recursos financeiros ou exclusão social. Seus agentes não são, em geral, marginalizados na sociedade. Ao contrário, costumam pertencer a camadas socioeconômicas mais privilegiadas, com acesso a moradia, saúde, educação e demais recursos, estando inseridos no mercado de consumo.

A chamada Escola de Chicago, a partir de uma perspectiva transdisciplinar, trouxe diferentes aspectos da vida da cidade para a análise criminológica. A noção de desorganização social seria a experiência pela qual passa aquele que chega à cidade, havendo uma rejeição de hábitos e normas morais, com um sentimento interior de perda pessoal. Com o crescimento das cidades e aumento da migração, o papel de controle informal realizado pela

²⁰ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 170-171.

vizinhança deixa de existir. Isso debilitaria a integração entre as pessoas, sendo um fator potencializador da criminalidade.²¹ É uma teoria que influenciou o pensamento de Sutherland, mas não explica por si só a criminalidade econômica.

A criminologia crítica expandiu no meio acadêmico a partir dos anos de 1970. Alessandro Baratta abordou uma proposta de criminologia sob o ponto de vista das classes subalternas.²² Foram feitas análises observando condições sociais, de mercado de trabalho e dos sistemas penais. Essa ideia do estudo de uma criminalidade ligada à sujeição do proletariado visando os interesses da burguesia, dentro de uma lógica marxista²³, não se volta para o estudo da criminalidade de colarinho branco. A criminologia crítica também não traz explicações para a prática dessa espécie de criminalidade. Os seus motivos são eminentemente econômicos, mas não da forma como a criminologia crítica aborda a questão.

Pode-se perceber que tanto a deficiência quanto “a abundância de oportunidades legítimas podem levar a atividades criminais”.²⁴ Isso não significa, contudo, que a estigmatização social e a penalização institucional ocorram da mesma forma. Como se extrai da leitura de Vincenzo Ruggiero, existe um processo seletivo que leva somente alguns ao estigma social, à pena imposta pelo Estado, em especial a pena privativa de liberdade. Nesse contexto, aqueles que têm à sua disposição uma maior quantidade e variedade de recursos são mais habilidosos no controle dos efeitos gerados por suas atividades criminais, geralmente não permitindo que elas venham à tona e sejam consideradas ilícitas.²⁵

O próprio direito penal econômico também é desigual. Muitas vezes se satisfaz com bodes expiatórios, comumente indivíduos pertencentes à classe média, ou mesmo políticos de determinado partido político, deixando de lado muitos dos que se beneficiam dos atos ilícitos. Na prática, não é incomum que

²¹ SHECARIA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 137-147.

²² BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 197.

²³ BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012, p. 89-96.

²⁴ RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados: ensaios em antirriminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 191.

²⁵ RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados: ensaios em antirriminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 189.

funcionários de menores escalões de empresas tenham condutas a eles imputadas e não aos seus superiores, que são os reais beneficiários das condutas.²⁶

Uma das teorias desenvolvidas por Edwin Sutherland, relevante no estudo dos crimes econômicos, é a teoria da associação diferencial. Concebida em 1920, com base nas ideias de Gabriel Tarde, teve grande influência do pensamento da Escola de Chicago do início do século XX.²⁷

O contexto econômico e social que antecedeu o desenvolvimento da teoria da associação diferencial nos Estados Unidos foi marcado pelo crescimento econômico do momento posterior à Primeira Guerra Mundial, em que os grandes negócios passaram a gerar lucros significativos, acompanhados de um aumento da corrupção administrativa e de grandes escândalos financeiros. Então, com esta prosperidade do pós-guerra, os investimentos na Bolsa de Valores se tornaram desenfreados e com enorme especulação financeira, o que gerou um cenário de grande insolvência e a quebra da Bolsa de Valores de Nova York em 1929. Consequentemente, um crescimento da pobreza se tornou mais evidente e a criminalidade passou a se aproveitar da oportunidade de um mercado ilícito de bebidas alcoólicas que surgiu com a Lei Seca.

Visando a combater a grave crise econômica, o Presidente Franklin Delano Roosevelt implementou o *New Deal* nos Estados Unidos. Esse programa econômico tinha como base as ideias de John Maynard Keynes, segundo as quais deve haver uma política estimuladora de empregos e consumo para combater as crises econômicas. Assim, o *New Deal* trouxe uma intervenção do Estado na economia, com investimentos em grandes construções para combater o desemprego, aumentando, consequentemente, o consumo da população. Nesse período houve também a revogação da Lei Seca nos Estados Unidos, o que pôs fim à parte da criminalidade que se aproveitava dessa oportunidade de negócios ilícitos.²⁸ Essa alteração do paradigma de não intervenção econômica

²⁶ ROCHA Jr. Francisco do Rêgo Monteiro. Criminalização dos delitos econômicos: um direito penal igual para todos? In: BONATO, Gilson (org). *Processo Penal, Constituição e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 291.

²⁷ SHECARIA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 168.

²⁸ SHECARIA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 170-171.

para uma visão intervencionista do Estado encontrou resistências, tanto de empresários como da Suprema Corte Americana.

Nesse contexto, a chamada Escola de Chicago se voltou para o estudo da questão social. Houve um interesse crescente pelas investigações empíricas para procurar explicar e procurar soluções para os problemas sociais que surgiam nas grandes cidades estadunidenses. Afinal, as cidades cresciam muito rapidamente com a chegada de massas de emigrantes europeus, de idiomas, costumes e culturas distintas, levando a um processo de urbanização caótico. Os estudos tiveram como objeto essa explosão demográfica que gerava problemas de ordem social.²⁹

Sutherland foi influenciado pela Escola de Chicago. De acordo com os seus teóricos, o aparecimento preferencial do crime nas comunidades onde os vínculos fossem mais tênues poderia ser explicado pela sensação de desorganização social que deixava menos possível que houvesse um controle social informal, o qual seria mais efetivo no controle da criminalidade. Esse período pelo qual passava a economia e a política estadunidenses traduzia uma situação de anomia no mundo dos negócios, com a mudança de um liberalismo econômico para um momento de intervenção estatal. Assim, houve uma diminuição dos lucros da atividade empresarial, o que traz o interesse em violar as 'regras do jogo'. Enquanto o mundo dos negócios tem uma organização que permite a infração de normas que o regem, a sociedade não possui uma organização que impeça essas violações. O *New Deal* tornou possível o aumento do controle da atividade empresarial ilícita, a qual Sutherland chamou de crime do colarinho branco.³⁰

O pensamento de Sutherland foi de grande contribuição para a teoria das subculturas criminais, em especial com a análise das formas de aprendizagem do comportamento criminoso. Essa aprendizagem estaria diretamente relacionada com as diversas associações diferenciais que o indivíduo possui com outras pessoas ou grupos. A chamada teoria da associação diferencial foi aplicada, em particular, aos delitos de colarinho branco.³¹

²⁹ ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 410-411.

³⁰ SHECARIA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4ª ed. São Paulo: RT, 2012, p. 171- 172.

³¹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 71.

Sutherland afirma que explicações para o comportamento criminoso acabaram não tendo sucesso em grande parte por terem se concentrado na tentativa de isolar patologias sociais e pessoais. Em outra perspectiva, o autor traz a ideia de que “*criminal behavior is learned*”.³² Significa que o comportamento criminoso não é herdado, e que a pessoa que ainda não foi ‘treinada’ para o crime não inventa o comportamento criminoso. A aprendizagem do comportamento criminoso se dá com a interação com outras pessoas em um processo de comunicação. A parte principal dessa aprendizagem ocorre dentro de grupos íntimos, consistindo tanto em técnicas para a prática do delito, como na direção de motivos, atividades, racionalizações e atitudes.³³

Essa aprendizagem decorre de definições das leis como favoráveis ou desfavoráveis. Em algumas sociedades, um indivíduo está cercado por pessoas que definem as leis como regras a serem observadas e, em outras, está cercado por pessoas cujo entendimento das leis é favorável à sua violação. Segundo Sutherland, a sociedade estadunidense teria definições mistas e, conseqüentemente, haveria um conflito na sua cultura em relação à sua visão sobre as leis.³⁴

Assim, uma pessoa se tornaria um criminoso por conta de um excesso de definições favoráveis à violação da lei em relação às desfavoráveis à sua violação. Esse é o princípio da associação diferencial. Quando um indivíduo se torna um delinquente, isso ocorre devido a contatos com padrões de criminalidade e também pelo isolamento dos padrões anti-criminais. Qualquer um inevitavelmente assimila a cultura ao seu redor, a menos que outros padrões estejam em conflito. A denominação associação diferencial significa que associações neutras (como aprender a escovar os dentes, por exemplo) possuem pouco ou nenhum efeito negativo ou positivo no surgimento do comportamento criminoso.

O processo de aprendizagem do comportamento criminoso por associação como padrões criminais e anti-criminais envolve todos os mecanismos de qualquer outro aprendizado, que não está restrito ao processo

³² Em tradução livre: ‘comportamento criminoso é aprendido’.

³³ SUTHERLAND, Edwin H. *Differential Association*. In: JACOBY, Joseph E. *Classics of Criminology*. 3ª ed. Long Grove, IL: Waveland Press, 2004, p. 272-273.

³⁴ SUTHERLAND, Edwin H. *Differential Association*. In: JACOBY, Joseph E. *Classics of Criminology*. 3ª ed. Long Grove, IL: Waveland Press, 2004, p. 273.

de imitação. Contudo, apesar de o comportamento criminoso ser uma expressão das necessidades e valores gerais, não é explicado por eles. Afinal, o comportamento não criminoso é a expressão das mesmas necessidades e valores. Um ladrão rouba para conseguir dinheiro, da mesma forma que um 'trabalhador honesto' permanece em seu emprego com o mesmo objetivo.

As associações feitas por uma pessoa são determinadas em um contexto geral de organização social. São diversos os fatores de organização social, incluindo diversas relações pessoais. Sutherland aponta que um dos problemas da explicação do comportamento criminoso seria o de comparar as taxas de criminalidade de diferentes grupos ou de um grupo em períodos distintos.³⁵

Sutherland realiza uma crítica às teorias gerais do comportamento criminoso baseadas nas condições econômicas, relacionando-o à pobreza, condições psicopatológicas ou sociopatológicas. Essas generalizações seriam equivocadas por se basearem em uma falsa amostra de criminalidade, a tradicional e oficial, sendo a criminalidade de colarinho branco deixada de lado, apesar de sua grande ocorrência na sociedade americana, como confirma a análise empírica desenvolvida por Sutherland.³⁶

Além disso, essas teorias gerais do comportamento criminoso não explicam de forma satisfatória a criminalidade de colarinho branco. Em geral, seus autores não são pobres, não vivem em locais ou lares menos privilegiados, nem possuem transtornos mentais. Se os fatores psicopatológicos e sociológicos estivessem, sem nenhuma dúvida, ligados ao surgimento da criminalidade como essas generalizações levam a crer, apenas poderiam explicar a criminalidade daqueles que pertencem aos estratos inferiores. Não comportam, portanto, uma teoria geral da criminalidade.³⁷

Uma das teorias criminológicas mais expressivas que focou sua análise nos delitos econômicos praticados em sua maioria por membros de uma elite econômica e social é, então, a teoria desenvolvida por Edwin Sutherland sobre o chamado crime de colarinho branco. Sutherland manifestou seu interesse pela

³⁵ SUTHERLAND, Edwin H. *Differential Association*. In: JACOBY, Joseph E. *Classics of Criminology*. 3ª ed. Long Grove, IL: Waveland Press, 2004, p. 274.

³⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 71-72.

³⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 72.

realização de um estudo maior sobre crimes praticados pelas classes poderosas quando assumiu o cargo de presidente da *American Sociological Society*, em 1939. Publicou, então, o artigo *White-collar Criminality*, mesma época em que elaborou as bases fundamentais da teoria da associação diferencial. Seu livro *White Collar Crime* (Crime de Colarinho Branco), de 1949, foi o resultado de dezessete anos de pesquisa, trazendo dados de práticas criminosas das setenta maiores empresas estadunidenses da época. Originalmente, a publicação da obra foi censurada, não contando com os nomes das empresas. A primeira versão sem cortes foi publicada somente em 1983.³⁸

No início da obra Crime de Colarinho Branco, Sutherland deixa claro que as patologias pessoais e sociais não fornecem uma explicação adequada para o comportamento criminoso. As teorias gerais sobre o comportamento criminoso que se fundam nos dados de pobreza seriam inadequadas por selecionarem uma amostra tendenciosa da criminalidade.³⁹ Muitos atos criminosos não podem ser explicados simplesmente pela pobreza e demais questões relacionadas a ela, como é o caso da corrupção.

Assim, o marco criminológico que deu base para o conceito de colarinho branco foi a teoria da associação diferencial, segundo a qual a delinquência é aprendida por meio da associação com indivíduos que praticaram delitos anteriormente. Dessa forma, o aprendizado dos crimes de colarinho branco se daria com o contato direto ou indireto com aqueles que já os praticaram.⁴⁰ O meio aqui seria, em especial, o ambiente político e empresarial.

Crime de colarinho branco, portanto, é um delito praticado por um indivíduo de respeitabilidade e elevado status social no curso de sua atividade. Nesse conceito ficam excluídos crimes da classe alta que não dizem respeito a suas atividades profissionais ou crimes de pessoas com dinheiro, porém sem respeitabilidade e alto status social. Isso significa que a definição do crime de colarinho branco possui uma perspectiva subjetivo-profissional, já que

³⁸ LEMOS, Clécio. Apresentação. In: SUTHERLAND, Edwin H. Crime de colarinho branco: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 8-12.

³⁹ SUTHERLAND, Edwin H. Crime de colarinho branco: versão sem cortes. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 30.

⁴⁰ CORDEIRO, Pedro Ivo Rodrigues Velloso. Delitos econômicos e corrupção: marco legal e criminológico. In: COSTA, Arthur Trindade Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina (coord.). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal*. Tomo 1. Brasília: ESMPU, 2016, p. 41.

correspondem aos crimes praticados por pessoas de grande status social no âmbito de seu trabalho, sendo dois os pontos chaves na teoria original: o status do autor e a atividade criminosa estar conectada à sua profissão.

A criminalidade de colarinho branco não se relaciona à pobreza ou às patologias que eventualmente as acompanhe.⁴¹ Sendo frequentes esses delitos, uma teoria geral de acordo com a qual os crimes estejam ligados à pobreza seria inválida. Assim, o estudo do crime de colarinho branco poderia auxiliar na identificação de fatores comuns a essa espécie de criminalidade e à considerada tradicional, para que se pudesse pensar em uma teoria geral do comportamento criminoso.

O custo financeiro do crime de colarinho branco é provavelmente muito maior do que aquele associado aos crimes comumente vistos como o problema da criminalidade. Nesse aspecto, pode-se pensar na lavagem de dinheiro, que movimenta valores altíssimos, normalmente maiores do que os crimes comuns contra o patrimônio, como roubo e furto. Sutherland criticava a explicação da criminalidade vinculando delinquência e pobreza, destacando o fato de que grande parte dos delinquentes não estaria encarcerado e que o estudo de dados entre os presos seria falho nesse sentido.⁴²

Para demonstrar a falácia das teorias tradicionais que relacionam o crime à pobreza e às patologias sociais e pessoais que podem derivar dela, Sutherland traz dados empíricos que revelam a frequência das condenações de grandes empresas. Das 70 empresas por ele analisadas, 60% foram condenadas, tendo uma média de aproximadamente quatro condenações cada.⁴³

Do estudo de Sutherland pode-se extrair que os critérios que tinham sido utilizados para definir os crimes de colarinho branco não seriam objetivamente distintos daqueles utilizados para definir outros delitos. Esses crimes não seriam essencialmente diferentes. Contudo, nos casos em que a estigmatização por um crime é imposta como penalidade, isto coloca o condenado em um estereótipo popular de 'criminoso'. Na sociedade moderna esse estereótipo está associado

⁴¹ SUTHERLAND, Edwin H. *White-Collar Criminality*. In: JACOBY, Joseph E. *Classics of Criminology*. 3ª ed. Long Grove, IL: Waveland Press, 2004, p. 13.

⁴² ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 490.

⁴³ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 51-52.

às classes socioeconômicas menos favorecidas. Todavia, Sutherland chama a atenção para o fato de que 75% dos condenados nas prisões estaduais estadunidenses não seriam “criminosos no senso comum da palavra”.⁴⁴

As normas penais não tutelam condutas que geram a mesma comoção pública. A violação de leis relativas a crimes econômicos não provoca a mesma comoção na população do que práticas de estupro e homicídio, por exemplo. Existe a divisão entre os chamados *felonies*, crimes que geram maior comoção, e os *misdemeanors*, delitos que não causam tanta comoção. Presume-se que os crimes de colarinho branco estariam na parte mais baixa dessa classificação sem, no entanto, estarem inteiramente fora dela. Outro ponto é o fato de que somente uma pequena parcela dos crimes comuns provoca efetivamente uma grande comoção na população, que ocorre apenas nos casos em que são “espetaculares” ou que a vítima seja uma pessoa próxima.⁴⁵

Índices e descrições gerais de criminalidade fazem com que sejam desenvolvidos na cidade moderna o medo e a comoção nos cidadãos. Essa comoção ocorreria também nos crimes de colarinho branco. Isso não significa que todos os setores da sociedade reagem da mesma forma em resposta à violação de uma norma específica. Assim, alguns comerciantes entendem que a violação das regras de comércio não é algo grave. Como também, segundo Sutherland, alguns moradores de determinada favela podem não considerar um furto cometido por um vizinho como algo perverso, sendo comum que, caso sejam processados, os moradores deem apoio a esse vizinho.⁴⁶

Contudo, deve-se levar em consideração o fato de que costuma haver uma espécie de esquecimento com relação às atividades criminosas praticadas por indivíduos ‘inatingíveis’, tanto pelo status social quanto econômico. Dessa forma, a teoria do crime de colarinho branco chama a atenção para a maneira benévola com que essa forma de criminalidade era tratada pela sociedade e também pelas instituições formais de persecução.⁴⁷

⁴⁴ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 94-95, 97.

⁴⁵ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 99.

⁴⁶ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 99.

⁴⁷ FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. A teoria dos white-collar crimes, suas divergências conceituais e a necessária reflexão sobre as técnicas de tutela. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 20, n. 94, 2012, p. 426.

A diferenciação na regulação das leis que tratam de crimes de colarinho branco pode ser explicada, segundo Sutherland, por três fatores: “o status de homem de negócios, a tendência normal de estar longe de punições, e a pouca expressividade da comoção pública contra os crimes de colarinho branco”.⁴⁸ Em relação à pouca expressividade da comoção pública, pode-se pensar que talvez não se adeque mais ao momento atual, como será abordado posteriormente.

Sendo a lei adaptada às características dos prováveis violadores da norma, os empresários, prováveis violadores das leis que tipificam crimes econômicos, provocam um misto de medo e admiração quando têm suas características avaliadas. Os responsáveis pelo sistema de justiça criminal têm medo de enfrentar os empresários. Segundo Sutherland, um dos motivos é o fato de que esse conflito poderia resultar em uma diminuição das contribuições financeiras para as campanhas eleitorais. O poder e a influência na opinião pública daqueles que praticam crimes de colarinho branco geram uma forma de imunidade em relação à lei. Outro ponto diz respeito à homogeneidade cultural de juízes, legisladores e administradores que admiram e respeitam empresários, não os vendo como criminosos.

O segundo fator que explica a diferenciação na aplicação da lei nos crimes de colarinho branco é a tendência de diminuir a utilização do campo penal, o que ocorreu de forma mais rápida no âmbito dos crimes de colarinho branco.

O terceiro fator é a relativa inexistência de comoção pública em relação aos crimes de colarinho branco. Isso ocorre por vários motivos, entre eles o fato de que os homens de negócios praticam complexas violações a leis cujos efeitos são difusos. Elas não decorrem de um ataque direto de um indivíduo contra outro, como ocorre em um roubo ou lesão corporal, por exemplo.⁴⁹ Como o bem jurídico na criminalidade econômica é difuso, os efeitos negativos da prática do crime não são sentidos por uma pessoa específica.

No que diz respeito à efetiva punição de condutas danosas aos bens jurídicos supraindividuais, em especial na esfera econômica, existem dificuldades por conta da expressiva complexidade dos comportamentos

⁴⁸ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 99-100.

⁴⁹ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 100, 103.

associados à atividade econômica e ao veloz desenvolvimento tecnológico. Assim, a gestão da proteção de bens jurídicos difusos pode encontrar obstáculos nas regras e princípios jurídico-penais de garantia.⁵⁰

Sobre a ausência de comoção no que diz respeito a esses delitos, também pode ser explicada pelo fato de que “as agências públicas de comunicação não expressam os sentimentos morais estruturados da comunidade com relação aos crimes de colarinho branco”.⁵¹ Isso porque esses crimes são complexos e não revelados de uma forma simples nos noticiários, e por conta dessas agências de comunicação pertencerem ou serem controladas por homens de negócios, estando elas muitas vezes violando essas leis. Sutherland afirma que se os noticiários fossem produzidos por batedores de carteira, a opinião pública em relação a eles não seria estruturada como ocorre no cenário atual.⁵²

Outra questão seria a de que as leis relativas a condutas econômicas são uma parte relativamente nova e especializada do ordenamento. O direito penal tradicional tutela os bens jurídicos individuais, em geral cuja lesão se dá em um ataque de pessoa para pessoa. Com a sociedade atual mais complexa e com maiores exigências prestacionais por parte do Estado, bens jurídicos supraindividuais passaram a ser tutelados, e aí entram os crimes de colarinho branco.

Pelos motivos expostos, não costuma haver (ou ao menos não costumava, na época dos estudos de Sutherland, já que a situação atual brasileira aponta para outro sentido em determinados casos) grande comoção organizada por parte da população em relação à criminalidade econômica. Essa comoção estaria mais presente em relação à criminalidade tradicional, no que diz respeito aos crimes considerados graves. A relação entre os costumes e as leis costuma ser circular. Isso significa que, ao passo que as leis são, de certa forma, a formalização dos costumes, a concretização das leis tende a reforçar

⁵⁰ FLORES, Marcelo Marcante. Crimes de colarinho branco e a formação do direito penal secundário: os desafios da política criminal contemporânea. *Revista de Estudos Criminais*. Vol. 11, n. 49, 2013, p. 190.

⁵¹ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 103.

⁵² SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 103-104.

os costumes. No caso dos crimes de colarinho branco, as leis não têm sido tão efetivas no sentido de reforçar costumes.⁵³

Há uma negligência nas violações da lei cometidas pela elite por vários motivos. Um deles é o fato de os crimes praticados pelas classes socioeconômicas mais privilegiadas não estarem representados nos dados analisados por grande parte dos criminólogos. Isso ocorre porque essas pessoas têm maior poder político e financeiro, de forma a conseguirem se distanciar com maior facilidade da repressão penal. Além disso, quando cumprem pena, são tratadas de maneira diferenciada pelo sistema de justiça.⁵⁴

Sutherland descreve algumas características dos crimes de colarinho branco, fazendo uma comparação com a figura daquele que pratica roubos de forma profissional. Da mesma forma como ocorre com os ladrões profissionais, a criminalidade da empresa é persistente, sendo boa parte dos criminosos reincidente. Das 70 grandes empresas nos Estados Unidos analisadas pelo autor, 97,1% eram reincidentes. Isso releva que os procedimentos oficiais que são usados para combater, dissuadir e reabilitar o praticante desses crimes têm sido ineficazes.⁵⁵

Ainda, esses atos criminosos existem em maior extensão do que os processos judiciais indicam. Sutherland cita o caso de Samuel Insull, que disse durante o julgamento que não entendia o porquê de estar sendo processado, sendo que o que fez era o que todos os empresários faziam. É a ideia de que praticamente todos os atores econômicos violam a lei, sendo isso um comportamento corriqueiro no meio empresarial.⁵⁶

Contudo, um dos pontos controversos sobre a teoria de Sutherland corresponde ao seu conceito de crime. Isso porque, ele insere no conceito não somente as ofensas a violações de leis penais, mas também violações de direito administrativo e civil. Uma das críticas veio de Paul Tappan, que defendeu o estrito uso legal da palavra crime, afirmando ser confuso o rótulo criminal

⁵³ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 105.

⁵⁴ REURINK, Arjan. "White-Collar Crime": the concept and its potential for the analysis of financial crime. *European Journal of Sociology*, v. 57, n. 3, 2016, p. 387.

⁵⁵ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 334.

⁵⁶ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 334.

desenvolvido na teoria do crime de colarinho branco.⁵⁷ Outros autores, porém, concordam com Sutherland no sentido de que essa espécie de criminalidade não pode ser estudada de forma separada da distribuição de poder na sociedade, o que iria além da tipificação de condutas como crimes.⁵⁸

Ainda, outra característica dos crimes de colarinho branco é a de que o empresário que pratica crimes econômicos não costuma ter seu status afetado entre seus parceiros comerciais. Alguns atores do mercado até podem evita-lo, mas outros acabam o admirando. Existiria um “princípio geral de que a violação ao código legal não é necessariamente uma violação ao código dos negócios. O prestígio é perdido quando violado o código do mundo dos negócios, mas não quando violado o código legal, exceto quando coincide com aquele”.⁵⁹

Outro ponto trazido por Sutherland é o de que costuma haver um desprezo por parte dos empresários em relação à lei, ao governo e aos seus funcionários. Essa seria uma característica em comum com os ladrões profissionais, que sentem desprezo pela lei, pela polícia e pela justiça. Ambos têm um crescimento de seu desprezo pela lei pelo fato de que ela visa impedir o seu comportamento.

Existe aqui mais uma questão controversa na teoria de Sutherland. Sua definição de crime de colarinho branco envolve a ideia de respeitabilidade e alto status social do autor. Contudo, alguns autores entendem que o crime de colarinho branco deveria ser definido por um status social neutro, focado mais na natureza, características e métodos dos atos, do que nos seus autores.⁶⁰

Por outro lado, segundo Neal Shover e Andy Hochstetler, uma parte substancial dos crimes de colarinho branco é praticada por pessoas dotadas de algum grau de privilégio. Na sua maioria, são livres de preocupações diárias com necessidades materiais básicas. E o privilégio material é importante porque molda todos os aspectos da vida. Além disso, esses atores também possuem

⁵⁷ TAPPAN, Paul. Who is the criminal?. *American Sociological Review*. Vol 12. 1974, p. 97.

⁵⁸ Nesse sentido: MINKES, John; MINKES, Leonard. *Corporate and White-collar Crime*. Londres: Sage, 2008.

⁵⁹ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 336.

⁶⁰ Nesse sentido: EDELHERTZ, Herbert. The nature, impact, and prosecution of White-collar crime. *National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice*. Washington, 1970; SHAPIRO, Susan. Collaring the crime, not the criminal: reconsidering the concept of White-collar crime. *American Sociological Review*, 1990; WEISBURD, David, et al. *Crimes of the middle classes: white-collar offenders in the federal courts*. New Haven: Yale University Press, 1991.

privilégio na hierarquia de respeitabilidade social, não cabendo a eles, por exemplo, o exercício de trabalhos braçais.⁶¹

Um ponto comum é o fato de que os crimes de colarinho branco são, além de deliberados, organizados. Essa organização pode ser formal ou informal. A organização formal normalmente se manifestaria nos casos de restrição de comércio. Nela, ocorre a reunião de representantes das empresas em relação a planos sobre as relações de trabalho, além de controle da legislação, com a seleção de administradores e restrição dos investimentos que visem à execução de leis que podem atrapalhar seus negócios. Já a organização informal no contexto dos crimes de colarinho branco se manifesta com o consenso entre os homens de negócio.⁶²

Vistas algumas semelhanças entre os crimes de colarinho branco e aqueles praticados pelos ‘ladrões profissionais’, a principal diferença entre eles estaria nas concepções que os autores têm de si mesmos e da opinião pública em relação a eles. O ladrão profissional, além de se ver como um criminoso, também é assim considerado pela opinião pública. Até mesmo porque ele não teria nenhuma intenção de possuir uma reputação pública favorável. Já o homem de negócios se vê como um cidadão respeitável, sendo normalmente visto dessa forma pela sociedade.⁶³

Aqueles que praticam crimes de colarinho branco não se identificam com o estereótipo do criminoso, sendo enxergados, quando muito, somente como ‘infratores da lei’. Os atores do mercado que já assimilaram a racionalização e a cultura dos negócios não costumam se envergonhar das suas infrações à lei. Nesse sentido, a opinião pública não coloca aqueles que praticam crimes de colarinho branco como criminosos. Eles podem ser avaliados como desonestos e não diminuir seu status social.⁶⁴

Nesse contexto, visando a manter tanto sua autoimagem como a sua imagem pública como não criminosa, a impressão de respeito à lei deve ser

⁶¹ SHOVER, Neal; HOCHSTELTLER, Andy. *Choosing White-Collar Crime*. Nova York: Cambridge University Press, 2006, p. 11-12.

⁶² SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 336-337.

⁶³ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 338.

⁶⁴ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 338.

repassada. Assim, as empresas têm como política mostrar uma imagem de adesão pública à lei, apesar de praticarem atos ilícitos secretamente. Aqui haveria uma grande diferença com o ladrão profissional, que pretende esconder a sua identidade para evitar a sua punição, mas não para preservar seu status social.⁶⁵

Em relação à questão do porquê essas pessoas praticam esses crimes, Sutherland traz como resposta a já mencionada teoria da associação diferencial. A gênese dos crimes de colarinho branco seria, portanto, a mesma dos demais comportamentos criminosos. Assim, o comportamento criminoso seria aprendido com a associação com indivíduos que “definem de forma favorável tal comportamento criminoso e em isolamento daqueles que o definem de forma desfavorável”.⁶⁶ Essa não seria uma explicação completa ou universal dos crimes de colarinho branco ou de outros tipos de delitos, mas poderia ser mais compatível com as características de ambos os tipos do que outra teoria geral.

Em sua pesquisa empírica que visou verificar a incidência de processos e condenações por crimes de colarinho branco, Sutherland pesquisou em torno de setenta corporações e constatou que as infrações econômicas atribuídas a elas ficaram quase todas impunes. Poucas chegaram a compor acusações criminais, de maneira que conclui que a criminalidade de colarinho branco não se sujeitava à mesma punição e estigmatização da criminalidade tradicional, mesmo que provoque muitos danos sociais e econômicos.⁶⁷

Esse estudo realizado por Sutherland há mais de cinquenta anos foi extremamente relevante no sentido de destinar atenção por parte da criminologia para essa espécie de criminalidade diferente dos crimes comuns, que poderiam ser explicados pela falta de acesso a recursos financeiros. Contudo, não significa que está imune a críticas.

⁶⁵ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 341.

⁶⁶ SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 351.

⁶⁷ CORDEIRO, Pedro Ivo Rodrigues Velloso. Delitos econômicos e corrupção: marco legal e criminológico. In: COSTA, Arthur Trindade Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina (coord.). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal*. Tomo 1. Brasília: ESMPU, 2016, p. 42.

Na realidade, a teoria de Sutherland não recebeu grande espaço entre os criminólogos, inicialmente.⁶⁸ Foi a partir da década de 1970 que suas ideias passaram a ser mais aplicadas à pesquisa empírica. Vários escândalos corporativos nos Estados Unidos trouxeram um novo cenário e um maior foco na preocupação com a criminalidade de colarinho branco. Nesse período começou a haver preocupação também de todo o sistema de justiça com essa espécie de criminalidade.⁶⁹ Mas, somente a partir dos anos de 1990 que dados sistematizados e pesquisas sobre crimes de colarinho branco ficaram mais disponíveis, facilitando o trabalho empírico sobre o tema, de forma a possibilitar maiores estudos que procuraram sistematizar esse cenário de forma mais ampla. Assim, o renovado interesse nos crimes de colarinho branco trouxe debates acadêmicos sobre a necessidade de reformular o seu conceito. Muitos criticaram a ambiguidade e a amplitude do conceito de Sutherland.⁷⁰

Ao invés do termo ‘crimes de colarinho branco’, João Carlos Castellar prefere a expressão ‘criminalidade dos poderosos’. Segundo ele, seria uma categoria criminológica mais ampla, abrangendo um maior número de condutas praticadas no exercício de atividades econômicas. Nela entrariam, além das práticas ilícitas no âmbito dos mercados financeiro e de capitais, aquelas ocorridas na esfera da administração pública.⁷¹

A concepção tradicional sobre crimes de colarinho branco recebe críticas por considerar somente os comportamentos dos poderosos no exercício de suas profissões. Existe uma tendência de estenderem as características dessa forma de criminalidade para os chamados *blue-collar criminals* (‘criminosos de colarinho azul’), abarcando não somente os poderosos, mas também a classe média.⁷² Essa expressão se refere ao fato de que, historicamente, os trabalhadores de uma categoria inferior na hierarquia das empresas usavam

⁶⁸ SIMPSON, Sally S.; WEISBURD, David. *The Criminology of White-Collar Crime*. Nova York: Springer, 2009, p. 3-14.

⁶⁹ ROSOFF, Stephen M.; PONTELL Henry N.; TILLMAN, Robert. *Profit without honor: white-collar crime and the looting of America*. Upper Saddle River: Pearson Education, 2014, p. 65.

⁷⁰ REURINK, Arjan. “White-Collar Crime”: the concept and its potential for the analysis of financial crime. *European Journal of Sociology*, v. 57, n. 3, 2016, p. 389.

⁷¹ CASTELLAR, João Carlos. *Direito penal econômico versus direito penal convencional: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres*. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 204.

⁷² SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 67-68.

colarinhos azuis, enquanto os trabalhadores de uma classe social mais privilegiada utilizavam colarinhos brancos.⁷³

Hermann Mannheim afirma que, se houvesse um prêmio Nobel para criminólogos, o trabalho de Sutherland sobre crimes de colarinho branco teria feito com que ele fosse um dos candidatos mais credenciados. Apesar de reconhecer a importância do trabalho de Sutherland, Mannheim não deixa de apontar algumas críticas à sua teoria. A teoria do crime de colarinho branco traz alguns elementos: “a) é um crime; b) cometido por pessoas respeitáveis; c) com elevado status social; d) no exercício da sua profissão (5). Para além disso, constitui, normalmente, uma violação da confiança” [sic].⁷⁴

Em especial no que diz respeito aos segundo e terceiro elementos, Mannheim aponta alguns problemas. Afirma que as definições de ‘respeitabilidade’ e de ‘elevado status social’ seriam vagas e imprecisas. Além disso, Sutherland fez seu estudo somente com base em crimes praticados por sociedades (*corporations*), já que o fez analisando setenta das maiores empresas estadunidenses da época. Contudo, incluiu em sua classificação crimes praticados por indivíduos isoladamente.⁷⁵

Segundo Mannheim, a expressão ‘crimes de colarinho branco’ pode ser utilizada no sentido que possui na linguagem corrente, mais amplo, abarcando também a classe média, ou restringindo-a aos delitos das classes de ‘elevado status’, sendo que ele afirma preferir a segunda opção. Em relação ao conceito de ‘elevado status social’ de Sutherland, Mannheim afirma que ele seria muito vago para ter alguma utilidade na complexidade da sociedade moderna. E não seria preciso, até mesmo porque nem todo gerente ou administrador de uma sociedade é necessariamente um indivíduo de ‘elevado status social’. Apesar disso, Mannheim reconhece a importância da teoria de Sutherland no sentido de dar atenção para atos criminosos que normalmente eram esquecidos, representando uma ‘revolução copernicana’ na criminologia. Teria sido,

⁷³ LEMOS, Clécio. Apresentação. In: SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 13.

⁷⁴ MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. 2 Vol. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 724.

⁷⁵ MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. 2 Vol. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 724-726.

portanto, “o antídoto perfeito contra a preocupação unilateral da criminologia tradicional com o crime e a delinquência das classes inferiores”.⁷⁶

Mais recentemente, não se pode deixar de lado o papel da globalização e da internet na difusão dos crimes virtuais de colarinho branco. No século XXI, indivíduos, empresas e governos estão mais expostos ao risco de se tornarem vítimas de crimes econômicos. Pode-se pensar em um aumento nos crimes de colarinho branco devido ao crescimento do uso da comunicação eletrônica e sua utilização para atividades diárias.⁷⁷ Isso, obviamente, não poderia ter sido previsto por Sutherland nos anos de 1940.

É importante também refletir sobre o momento em que a obra de Sutherland ‘Crime de colarinho branco: versão sem cortes’ chegou ao Brasil. A tradução para o português e publicação no país ocorreu somente em 2015. Nesse ano, muito já se falava sobre crimes de colarinho branco, em especial devido às enormes proporções atingidas e espaço midiático destinado ao Mensalão e, mais recentemente, à Lava Jato. Frequentemente a expressão é utilizada em seu significado popular, um tanto distante do conceito menos amplo definido por Sutherland. Até mesmo porque, a obra chegou, de certa forma, já defasada para o período econômico-político atual, em que o cenário dos crimes econômicos já não é o mesmo daquele estudado pelo autor nos anos de 1940.

1.3 SEMELHANÇAS E DIFERENÇAS ENTRE OS CRIMES TRADICIONAIS E OS CRIMES DE COLARINHO BRANCO

O fenômeno da criminalidade de colarinho branco parece trazer a comparação com outras espécies de crimes, em especial os chamados crimes tradicionais de rua. Quando políticos e executivos são condenados pela prática de crimes econômicos, nas raras vezes em que cumprem pena de prisão, surge a pergunta de quanto tempo e em que condições eles terão restringida a sua liberdade, sempre comparando com a criminalidade tradicional. Até mesmo

⁷⁶ MANNHEIM, Hermann. *Criminologia comparada*. 2 Vol. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, p. 728, 726.

⁷⁷ REID, Alan S.. Financial crime in the twenty-first century: the rise of the virtual collar criminal. In: RYDER, Nic (org.). *White Collar Crime and Risk: financial crime, corruption and the financial crisis*. Londres: Palgrave Macmillan, 2018, p. 231

porque, existe sempre a suspeita de que os crimes de colarinho branco serão tratados de uma forma diferenciada, mais branda, pelo sistema de justiça.⁷⁸

Uma diferença relevante entre os crimes tradicionais e os crimes de colarinho branco diz respeito às vítimas. A criminalidade tradicional, em geral, tem vítimas definidas e individualizadas, de forma que o crime se percebe mais facilmente, sendo melhor compreendido e identificado pela população. Já os crimes de colarinho branco não possuem vítimas individualizadas, mas difusas, de maneira que não são tão facilmente identificadas, e suas consequências, embora normalmente mais danosas do ponto de vista econômico e social, acabam muitas vezes não sendo notadas.

Muito do que se sabe sobre um crime vem das vítimas, como os fatores que o envolvem, sua extensão e informações sobre o autor. Com a vitimização difusa na maior parte dos crimes de colarinho branco, muitos desses dados acabam não vindo à tona. Além disso, boa parte do dano ocorre muito depois do ato criminoso, dificultando a sua identificação.⁷⁹

Até por essa questão diferenciada de vitimização, há um cenário de controvérsia e desconfiança em relação à resposta dada aos crimes de colarinho branco quando comparada àquela dada aos crimes tradicionais. Aos crimes diretamente relacionados à pobreza, haveria uma resposta mais dura, enquanto os poderosos, cujas vítimas muitas vezes não podem se perceber como tais, teriam penas mais brandas, isso quando efetivamente punidos.⁸⁰

Em relação ao papel da defesa nos casos de crimes econômicos de forma geral, da mesma forma de quando se trata da criminalidade tradicional, não apenas a proteção legal do imputado deve ser buscada, como o respeito a seus direitos e garantias previstos na Constituição.⁸¹ Importante ressaltar que qualquer relativização a direitos e garantias constitucionais fere o Estado Democrático de Direito, seja quem for o indiciado ou réu em processos criminais. Como exemplo, o princípio do *in dubio pro reo*: na dúvida, o réu deve ser

⁷⁸ POVEDA, Tony G. *Rethinking White-Collar Crime*. Westport: Praeger Publishers, 1994, p. 3

⁷⁹ SCHLEGEL, Kip; WEISBURD, David. White-collar crime. In: SCHLEGEL, Kip; WEISBURD, David (org.). *White-collar crime reconsidered*. Boston: Northeastern University Press, 1992, p. 11-12.

⁸⁰ WALSH, Marilyn E.; SCHRAM, Donna D. The victim of white-collar crime: accuser or accused?. In: GEIS, Gilbert; STOTLAND, Ezra. *White-collar crime: theory and research*. Beverly Hills: Sage Publications, 1980, p. 32

⁸¹ BRANCO, Vitorino Prata Castelo. *A defesa dos empresários nos crimes econômicos*. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 60.

considerado inocente, cabendo à acusação demonstrar a inexistências das excludentes alegadas pela defesa, sendo incumbida do ônus da prova.

Já quando se pensa no papel da acusação nessa forma de criminalidade, em geral identificada com a figura do Ministério Público, normalmente se percebe um destaque dado à grande lesividade gerada pela prática de crimes econômicos, em especial àqueles atrelados ao crime de corrupção. Sublinha-se o especial dano causado à sociedade, que seria muito maior do que aquele provocado pela criminalidade comum. A ideia é a de que, o direito penal, com a repressão ao ‘colarinho branco’, seria um instrumento de intervenção estatal necessário para efetivar prestações sociais. Originalmente pensado como proteção da elite contra a coletividade, o direito penal também faria a proteção da coletividade contra a elite.⁸²

Um dos exemplos desse destaque é o fato de o Ministério Público Federal ter criado um *site* para divulgar informações sobre a Operação Lava Jato.⁸³ Segundo o procurador da República Deltan Dallagnol, coordenador da força-tarefa, em seu livro “A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade”, visando dar acesso ao público aos principais dados da investigação, além da realização de apresentação das acusações e entrevistas coletivas, foi criado o primeiro *site* para um caso criminal no Brasil. Ele veicula “informações oficiais, as principais peças da investigação, como acusações criminais e sentenças, além dos números dos processos eletrônicos, para que qualquer interessado tenha acesso direto a eles”.⁸⁴

Ainda, no que diz respeito à utilidade da categoria de crime de colarinho branco para diferenciá-la da criminalidade tradicional, pode-se pensar nessa diferenciação como um desenvolvimento de atributos comuns dos crimes de colarinho branco que são distintos daqueles comumente associados à criminalidade. Como exemplo, a organização, que é de interesse de estudo em

⁸² TRÊS, Celso Antônio. *Teoria geral do delito pelo colarinho branco*. Curitiba: imprensa Oficial, 2006, p. 19-21.

⁸³ Disponível em: <lavajato.mpf.mp.br>. Acesso em 4 de nov. de 2018.

⁸⁴ DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 91.

alguns tipos específicos de crime, deve ser uma das questões centrais no estudo e compreensão da criminalidade de colarinho branco.⁸⁵

Quando se reflete sobre as diferenças entre a criminalidade de colarinho branco e os crimes comuns, é importante destacar alguns aspectos normalmente trazidos pela doutrina⁸⁶: 1) o custo econômico social do crime de colarinho branco é mais elevado: a movimentação ilícita de dinheiro é superior aos tradicionais crimes contra o patrimônio; 2) os criminosos de colarinho branco dificilmente são presos ou condenados; 3) quando condenados, as sentenças normalmente seriam leves se levado em consideração o custo social dos delitos praticados; 4) o bem jurídico tutelado é difuso e não é possível individualizar suas vítimas.

Em especial em relação aos pontos 2 e 3 de diferenciação citados acima, será relatada pesquisa de jurisprudência no capítulo seguinte para verificar se isso de fato corresponde à realidade no Judiciário brasileiro nos últimos anos. Antes, tendo em vista a aproximação do campo da criminalidade econômica com o crime de corrupção, serão analisados alguns aspectos do fenômeno da corrupção, desde aspectos que se assemelham ao exemplo italiano até o cenário atual de combate à corrupção no contexto da Operação Lava Jato.

1.4 O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO

Não é tarefa simples cravar um conceito de corrupção política. Afinal, existem inúmeras visões de diversas culturas em diferentes períodos históricos sobre o assunto, além da coexistência de entendimentos distintos em um mesmo tempo e local. Um dos pontos comuns é que a corrupção corresponde a um ato que envolve uma retribuição material. Significa que existe corrupção quando se utiliza desse recurso para obter poder ou proveito financeiro.⁸⁷

⁸⁵ WEISBURD, David; SCHLEGEL, Kip. Returning to the mainstream: reflections on past and future white-collar crime study. In: SCHLEGEL, Kip; WEISBURD, David (org.). *White-collar crime reconsidered*. Boston: Northeastern University Press, 1992, p. 359.

⁸⁶ FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 137.

⁸⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e democracia. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; LOPES, Sílvia (coord.). *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 18-19.

Uma definição mais rigorosa, segundo Manuel Gonçalves Ferreira Filho, seria aquela que identifica a corrupção como a situação em que “o instrumento ou móvel é uma vantagem – mesmo não monetária – indevida”.⁸⁸ A questão é que toda ação visaria uma vantagem, seja para o político, para o eleitor ou o grupo social, sendo complexa a separação do que seria propriamente indevido. Na prática, a diferenciação entre o legítimo e o ilegítimo pode não ser uma tarefa fácil. Dessa forma, segundo o autor, deve-se combater em uma democracia a corrupção que envolve retribuição material, pois esta perverteria instituições e seus mecanismos.⁸⁹

São vários os exemplos de previsões constitucionais e infraconstitucionais que trazem regras sobre a punição de crimes de corrupção no país, como o artigo 14, parágrafo 10, da Constituição da República (“o mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude”); o artigo 317 do Código Penal, que tipifica o crime de corrupção passiva (“solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem”); e, o artigo 333 do Código Penal, que tipifica o crime de corrupção ativa (“oferecer ou prometer vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”).

Crimes como o de corrupção vitimizam sociedades inteiras. Ferem a legitimidade e a confiança da sociedade no governo. Além disso, pesquisadores comumente consideram a corrupção como uma das dificuldades enfrentadas pela economia de países subdesenvolvidos e em desenvolvimento, considerando que nessas nações a corrupção condiciona o desenvolvimento e interfere em um bom governo. A questão é que a corrupção não é exclusiva dos países não desenvolvidos, não se podendo pensar em uma imunidade em relação à corrupção nos países mais desenvolvidos. A corrupção, em um

⁸⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e democracia. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; LOPES, Sílvia (coord.). *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 19.

⁸⁹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e democracia. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; LOPES, Sílvia (coord.). *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 19-20.

significado mais amplo de abuso do poder público, é um crime econômico que ocorre em praticamente todas (senão todas) as sociedades.⁹⁰

Quando se aborda o combate atual ao crime de corrupção, tendo em vista às referências feitas no âmbito da Operação Lava Jato sobre uma suposta inspiração na Operação *Mani Pulite* (Mãos Limpas), é interessante analisar brevemente o exemplo italiano. Até porque, a tradução para o português do livro sobre a Operação Mãos Limpas de Gianni Barbacetto, Peter Gomez e Marco Travaglio⁹¹ conta com introdução e artigo do juiz federal Sergio Moro, que comandou o julgamento em primeira instância da Operação Lava Jato.

Na Itália, o tema da corrupção ganhou destaque em especial a partir de meados dos anos de 1990, consequência da *Mani Pulite*.⁹² A investigação italiana denominada Operação Mãos Limpas trouxe à tona um esquema de corrupção sistêmica em relações do poder público com empresas privadas nos procedimentos de licitação. Ela teve início em 17 de fevereiro de 1992, quando Mario Chiesa, diretor da casa de repouso para idosos Pio Albergo Trivuzlizio, foi preso em Milão. Desse episódio, eclodiu uma investigação que levou à descoberta de um enorme número de delitos envolvendo políticos, funcionários e empresários.⁹³

A delação premiada teve papel relevante na Mãos Limpas. Sabendo que alguns empresários que pagaram propina haviam começado a colaborar, Chiesa também colabora, o que gera mais colaborações. Houve, então, o início de um ‘efeito dominó’ que foi alimentando a investigação. Ela produziu cerca de 1300 declarações de culpa.⁹⁴

Para Sergio Fernando Moro,

No Brasil, encontram-se presentes várias das condições institucionais necessárias para a realização de ação judicial semelhante. Assim como na Itália, a classe política não goza de grande prestígio junto à população, sendo grande a frustração pelas promessas não-cumpridas após a restauração democrática.

⁹⁰ ABDULLAH, Daud Vicary; ASKARI, Hossein; MIRAKHOR, Abbas. The moral foundation of collective action against economic crimes. PSL Quartely Review. Vol. 68, n. 272, 2015, p. 17-18.

⁹¹ BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. *Operação mãos limpas: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato*. Porto Alegre: CDG, 2016.

⁹² MEZZETTI, Luca. *Consolidamento della democrazia e ruolo della corruzione*. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; LOPES, Sílvia (org.). *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 54.

⁹³ BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. *Operação mãos limpas: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato*. Porto Alegre: CDG, 2016, p. 11, 15,

⁹⁴ BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. *Operação mãos limpas: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato*. Porto Alegre: CDG, 2016, p. 38, 193.

[...] O destaque negativo é o acesso aos órgãos superiores, mais dependente de fatores políticos. Destaque também negativo merece a concessão, por lei, de foro especial a determinadas autoridades públicas, como deputados e ministros, a pretexto de protegê-los durante o exercício do cargo.⁹⁵

De acordo com Rodrigo Chemim, quando comparados os fatos ocorridos na década de 1990 na Itália com o Brasil da Lava Jato a partir de 2014, existiria um *know-how* do desvio de verba que se daria na mesma intensidade na classe política italiana e na brasileira. Haveria uma institucionalização da corrupção revelada por ambas as operações, deixando claro um paralelo entre os países no que diz respeito à quase naturalização da corrupção sistêmica.⁹⁶

Em relação ao cenário italiano, haveria uma aplicação desigual da legislação penal se comparados os chamados crimes de rua (em especial crimes contra o patrimônio, como furto e roubo) à criminalidade de colarinho branco, segundo Luigi Ferrajoli. A corrupção encontraria prosperidade e se desenvolveria na base da impunidade, da inadequação das penas, dos tempos de prescrições curtos e da ausência de tipos adequados aos crimes.⁹⁷

Além disso, a similitude entre ação e reação não seria tão grande em outro caso de corrupção sistêmica como seria na Lava Jato e na Mãos Limpas. Nos dois casos haveria excepcional complexidade e ramificação do envolvimento de várias figuras do meio empresarial e político, além da semelhança na forma de agir dos envolvidos.⁹⁸

Junto a essa comparação, surgem preocupações sobre o futuro da Operação Lava Jato. Afinal, a Mãos Limpas teve de 5 a 6% de absolvições no mérito, enquanto cerca de 40% dos investigados não chegaram a cumprir pena devido à prescrição, questões processuais ou modificações legislativas.⁹⁹

Contudo, diferentemente do Brasil, na Itália o Ministério Público não é uma instituição autônoma e independente, integrando a magistratura. Por isso, muitas

⁹⁵ MORO, Sergio Fernando. Considerações sobre a Operação *Mani Pulite*. In: BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. *Operação mãos limpas: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato*. Porto Alegre: CDG, 2016, p. 885.

⁹⁶ CHEMIM, Rodrigo. *Mãos Limpas e a Lava Jato: a corrupção se olha no espelho*. Porto Alegre: CDG, 2017, p. 17.

⁹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Il paradigma garantista: filosofia e critica del diritto penale*. 2 ed. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2016, p. 77-78.

⁹⁸ CHEMIM, Rodrigo. *Mãos Limpas e a Lava Jato: a corrupção se olha no espelho*. Porto Alegre: CDG, 2017, p. 71.

⁹⁹ BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. *Operação mãos limpas: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato*. Porto Alegre: CDG, 2016, p. 193.

vezes há uma confusão em traduções do italiano para o português entre as funções de juiz e promotor da Mãos Limpas. Assim, Giovanni Falcone (coordenador da investigação) e Antonio Di Pietro (cuja função mais próxima seria a de um Procurador da República) muitas vezes foram intitulados juízes no Brasil, acentuando ainda mais uma comparação com o juiz Sergio Moro na Lava Jato.¹⁰⁰ Além disso, não se pode esquecer o fato de que não existe, no Brasil, a influência direta da Máfia, o que torna as relações nos diferentes nichos de criminalidade de colarinho branco menos complexas, diferentemente do que ocorre na Itália.

Ainda sobre o exemplo italiano, quando se pensa no sistema preventivo do país, existe a preocupação com uma abordagem anticorrupção e antimáfia. Em especial, uma abordagem preventiva de natureza administrativa em relação à infiltração da máfia nas atividades empresariais. O sistema preventivo antimáfia propõe verificar a confiabilidade de um potencial contratado na administração pública ou a existência ou não de tentativas de infiltração. Estão sujeitos a essa verificação todos aqueles que possuem poderes de administração, gestão, representação e supervisão dentro da empresa, além de seus familiares próximos.¹⁰¹ Em um contexto de internacionalização e preocupação político-criminal no âmbito da União Europeia, a partir dos anos de 1990, cresceu o interesse no fenômeno da corrupção internacionalmente. Reforçaram-se, então, a cooperação internacional e a ideia da prevenção, com a dificuldade gerada pelas diferentes legislações de cada país.¹⁰²

Voltando o foco para o Brasil, outro ponto relevante a ser observado no estudo da corrupção são os atos de improbidade administrativa, que são aqueles em que o agente público, no exercício da função pública ou decorrente dela, atua de forma ilegal ou contrária aos princípios básicos da Administração Pública. Muitas vezes, corresponde a um instrumento de corrupção.¹⁰³ Devido à natureza

¹⁰⁰ CHEMIM, Rodrigo. *Mãos Limpas e a Lava Jato: a corrupção se olha no espelho*. Porto Alegre: CDG, 2017, p. 76.

¹⁰¹ MAZZA, Caterina. *Il sistema di prevenzione e controllo negli appalti pubblici*. In: SCOMPARIN, Laura (org.). *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016, p. 88-89.

¹⁰² FERRARIS, Valeria; SCOMPARIN, Laura. *Gli appalti pubblici tra criminalità organizzata e corruzione: il quadro normativo*. In: SCOMPARIN, Laura (org.). *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016, p. 24-25.

¹⁰³ MORAES, Alexandre de. Combate à corrupção – breves comentários à lei de improbidade administrativa. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; LOPES, Sílvia (coord.). *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 151-152.

civil dos atos de improbidade administrativa, não se dedicará aqui mais espaço ao seu estudo.

Também em relação ao tema da corrupção, é importante citar as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPI). O artigo 58, parágrafo 3º, da Constituição da República¹⁰⁴ determina que as CPI possuem poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas. Além disso, dispõem que as CPI serão criadas em conjunto ou de forma separada pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, por meio de requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de um fato determinado e por prazo certo. Sendo o caso, suas conclusões serão encaminhadas ao Ministério Público, para que seja promovida a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

Dessa forma, conclui-se que as Comissões Parlamentares de Inquérito possuem “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”, não o poder de julgar, que é monopólio dos membros do Poder Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, Constituição da República). Trata-se, na realidade, de instrumentos políticos de apuração da corrupção.¹⁰⁵

As Comissões Parlamentares de Inquérito correspondem, segundo Luís Roberto Barroso, a um dos instrumentos para o exercício do poder de fiscalização e controle por parte do Poder Legislativo. Trata-se de comissões temporárias cujos poderes são amplos, mas não sem restrições: existem requisitos de forma (um terço de membros da Casa Legislativa), de tempo (prazo certo) e de substância (apuração de fato determinado). Existem ainda limitações de competência (dentro do quadro de atribuições do Legislativo) e de conteúdo (esfera de estrito interesse público – exigência que seria implícita no sistema brasileiro).¹⁰⁶

¹⁰⁴ Artigo 58, parágrafo 3º, da Constituição da República: “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores”.

¹⁰⁵ LAZZARINI, Alvaro. As Comissões Parlamentares de Inquérito como instrumento de apuração da corrupção. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; LOPES, Sílvia (coord.). *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004, p. 183-185.

¹⁰⁶ BARROSO, Luís Roberto. Comissões parlamentares de inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. *Revista Jurídica Virtual*, vol. 2, n. 15, 2000.

No que diz respeito ao combate à corrupção no Brasil, é importante destacar as Dez Medidas Contra a Corrupção, atualmente o Projeto de Lei 4.850/2016 que tramita no Congresso Nacional. Com a visibilidade da Lava Jato, membros do Ministério Público Federal, integrantes da Força-tarefa da operação em Curitiba, desenvolveram propostas legislativas cujo objetivo seria efetivar o combate à corrupção e à impunidade. Foram, então, coletadas assinaturas da população para apresentar a proposta ao Congresso como projeto de lei de iniciativa popular.¹⁰⁷

As Dez Medidas Contra a Corrupção, originalmente, são: 1) Prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação; 2) Criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos; 3) Aumento das penas e crime hediondo para a corrupção de altos valores; 4) Eficiência dos recursos no processo penal; 5) Celeridade nas ações de improbidade administrativa; 6) Reforma no sistema de prescrição penal; 7) Ajuste nas nulidades penais; 8) Responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa dois; 9) Prisão preventiva para assegurar a devolução do dinheiro desviado; 10) Recuperação do lucro derivado do crime.¹⁰⁸

Para o procurador da República Deltan Dallagnol, “o sistema recursal, conjugado ao prescricional, cria uma verdadeira máquina de impunidade”.¹⁰⁹ Além disso, ele defende que a pena para a corrupção seria muito baixa, que existe o risco de a Lava Jato ser anulada por erros de suposta menor importância, que existe uma cultura de tolerância com a corrupção e que não haveria ferramentas adequadas para a recuperação dos recursos desviados. Ainda, ele lamentou um esvaziamento do pacote anticorrupção no Congresso, além da emenda que estabeleceria que magistrados e integrantes do Ministério Público respondessem por crime de abuso de autoridade em certas hipóteses.¹¹⁰

Por outro lado, a Defensoria Pública do Rio de Janeiro se manifestou de forma crítica em relação às Dez Medidas Contra a Corrupção. Afinal, grande

¹⁰⁷ 10 Medidas Contra a Corrupção: histórico. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/historico>>. Acesso em: 5 de nov. de 2018.

¹⁰⁸ 10 Medidas Contra a Corrupção: conheça as medidas. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/historico>>. Acesso em: 5 de nov. de 2018.

¹⁰⁹ DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 38.

¹¹⁰ DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 55, 85, 86, 199, 200, 243.

parte das medidas gerariam supressão de direitos, repercutindo em toda a população. Até mesmo porque, o combate à corrupção não pode ser feito com uma redução de direitos constitucionais ou com a fragilização do Estado Democrático de Direito. Como exemplo, a medida que autorizaria a prisão preventiva do acusado até a devolução do dinheiro desviado, o que fere o princípio constitucional de presunção de inocência, pois ainda não haveria provas de que o acusado de fato realizou desvio de recursos, antecipando o cumprimento de uma – eventual – pena. No que diz respeito à prescrição, é importante destacar que, antes de provocar impunidade, ela legitima o princípio previsto na Constituição da duração razoável do processo.¹¹¹

Tendo isso em vista, é possível verificar como o crime de corrupção, em especial a corrupção política que envolve atores de ‘colarinho branco’ (tanto empresários quanto políticos), objeto deste trabalho, vem sendo tratado no cenário jurídico brasileiro. A crescente atenção dirigida à corrupção e aos demais crimes econômicos a ela relacionados faz com que seja importante verificar, como se fará adiante, que garantias processuais penais podem estar sendo violadas nesse cenário de combate à corrupção.

¹¹¹ Defensoria divulga análise crítica sobre as 10 Medidas Contra a Corrupção. Disponível em: < <http://10medidasemxeque.rj.def.br/campanha/>>. Acesso em 5 de nov. de 2018.

2. O PROCESSO PENAL NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Tendo sido delimitado o objeto de estudo do presente trabalho, estabelecendo, sem a pretensão de esgotar o tema, o contexto, marco criminológico e legal dos crimes de corrupção, neste capítulo será desenvolvida uma pesquisa empírica com busca de jurisprudência para verificar as violações a algumas garantias processuais penais que estão ocorrendo nos julgamentos de crimes dessa natureza. Serão feitos, ainda, breves comentários sobre possíveis reflexos dessas decisões para os processos envolvendo a criminalidade tradicional. Assim, posteriormente será feita a análise, a partir dos resultados encontrados, da teoria do direito penal do inimigo e suas implicações processuais penais.

Os pontos selecionados para a análise das decisões, tendo em vista serem situações em que se verificam, com frequência, violações a garantias, serão: o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória; a condução coercitiva; e as prisões cautelares. Antes, será feita uma explicação sobre a opção metodológica da pesquisa de jurisprudência. Ainda, serão feitos breves comentários a respeito de um sistema garantista e sobre a sentença condenatória do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, por se tratar de caso polêmico em relação a violações de garantias.

2.1 METODOLOGIA DA PESQUISA JURISPRUDENCIAL

A pesquisa jurisprudencial trabalhada neste capítulo segue um método empírico de pesquisa de decisões judiciais nas ferramentas de buscas no *site* do Supremo Tribunal Federal (STF). A escolha desse tribunal se deve à sua competência material tendo em vista que se pretende analisar as possíveis violações a garantias processuais penais presentes na Constituição. Isso porque, de acordo com o artigo 102, *caput*, da Constituição da República, compete ao STF, precipuamente, a guarda da Constituição.

Compete ao STF, dentre outras funções, julgar originalmente ações relativas ao controle de constitucionalidade e outras ações constitucionais, bem como, em sede de recurso extraordinário, causas decididas em que a decisão recorrida tenha contrariado dispositivos constitucionais ou declarado a

inconstitucionalidade de tratado ou lei federal. Além disso, compete ao STF julgar o Presidente da República, o Vice-Presidente, os membros do Congresso Nacional, seus próprios Ministros e o Procurador-Geral da República nas infrações penais comuns; julgar os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (ressalvado o disposto no art. 52, I), os membros dos Tribunais Superiores, os do Tribunal de Contas da União e os chefes de missão diplomática de caráter permanente nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade; ainda, o habeas corpus, sendo pacientes as pessoas citadas anteriormente, ou quando o coator for o Superior Tribunal de Justiça (STJ).

O recorte temporal será de cinco anos, de 2014 a 2018 (inclusive). Isto porque, em 2013 foi promulgada a Lei 12.850/2013, conhecida como Lei das Organizações Criminosas, importante marco para os crimes econômicos e de corrupção no país, em especial por disciplinar os acordos de cooperação (ou delação) premiada. A referida lei esteve em vigor durante todo o ano de 2014, sendo esse também o ano de início da Operação Lava Jato. O final da análise será 2018, ano de realização da pesquisa.

O tipo penal buscado será a corrupção (abarcando tanto a corrupção ativa quanto a passiva, previstas nos artigos 333 e 317 do Código Penal). Os tópicos escolhidos delimitarão a busca para verificar as violações a essas garantias processuais penais.

Dessa forma, os termos pesquisados nos campos de busca do *site* do STF serão os seguintes:

- 2.2.1: “corrupção” e “cumprimento da pena antes do trânsito em julgado” ou “execução provisória da pena”
- 2.2.2: “corrupção” e “condução coercitiva”
- 2.2.3: “corrupção” e “prisão cautelar” ou “prisão preventiva” ou “prisão temporária”

A pesquisa de jurisprudência estará em apêndices ao final do trabalho (“Apêndice A - Decisões sobre a possibilidade de cumprimento da pena antes do trânsito em julgado”; “Apêndice B – Decisões sobre conduções coercitivas”; “Apêndice C – Decisões sobre prisões cautelares”). Estará em tabelas com as seguintes colunas: “processo”, “ano”, “tipo penal imputado”, “síntese dos fatos”, “decisão”, “garantia suprimida”, “comentário” e “referência”.

Além da pesquisa de jurisprudência, serão buscados dados sobre os processos de corrupção no *sítio* da Operação Lava Jato. Antes, haverá um breve tópico sobre violações a garantias constitucionais e crimes de corrupção, com o exemplo da ação penal envolvendo o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva. Após a pesquisa relativa aos crimes de corrupção, será feita uma análise sobre as violações que podem atingir a criminalidade tradicional sob o pretexto de um processo penal voltado ao combate à corrupção.

2.2 VIOLAÇÕES A GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS EM CRIMES DE CORRUPÇÃO: O EXEMPLO DO CASO LULA

Quando se pensa em corrupção, e também nos demais crimes associados à criminalidade econômica, o combate ao crime aparece com uma necessidade urgente. O criminoso de colarinho branco¹¹² é tido como aquele que possui condições financeiras para contratar os melhores advogados, ter todas as possibilidades de defesa, inclusive para atrasar a persecução penal e evitar a aplicação da pena.

A necessidade de se tratar sobre possíveis violações a garantias processuais penais presentes na Constituição existe, contudo. Em tempos de exaltação da Operação Lava Jato, alguns direitos e garantias de indiciados e acusados podem estar sendo mitigados a pretexto de um discurso forte apoiando o combate à corrupção. O combate a qualquer forma de criminalidade, inclusive a de colarinho branco (que pode trazer grandes consequências negativas para a sociedade) não deve se sobrepor a garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito.

É importante considerar as teorias garantistas do processo penal, que defendem que o cidadão tenha efetivamente seus direitos e prerrogativas respeitados quando processado criminalmente. A partir delas é possível pensar em um processo penal sob uma perspectiva constitucional. Até mesmo porque, não existe área do direito que possua maior ânsia por uma filtragem constitucional, tendo em vista que adentra no âmbito de um dos direitos mais relevantes ao indivíduo, sua liberdade.

¹¹² Aqui, colarinho branco em um sentido amplo, abarcando inclusive os crimes de corrupção ativa e passiva.

É essencial que o processo penal seja pautado nos princípios previstos na Constituição. Não se pode compreender o texto constitucional como um discurso utópico. Afinal, a partir de suas normas é possível traçar um contorno do projeto democrático e as formas de sua realização.¹¹³

De acordo com Luigi Ferrajoli, o modelo penal garantista é recebido na Constituição como um parâmetro de racionalidade, de justiça e de legitimidade de intervenção punitiva. Contudo, é extremamente desatendido na prática, tanto na legislação penal ordinária e na jurisdição, quanto nas atividades administrativas e policiais. Essa distância entre a normatividade constitucional e a sua (não) efetividade traz o risco de torná-la uma mera referência, apenas com função ideológica.¹¹⁴

Quando se fala em Estado de Direito, tem-se como sinônimo o garantismo, designando não apenas um Estado legal ou regulado pelas leis, mas um modelo de Estado nascido com as Constituições modernas. Ele tem como característica: a) no plano formal, o princípio da legalidade, por força do qual todo poder público está subordinado às leis gerais que disciplinam o seu exercício e cujo controle é feito por juízes independentes; e b) no plano substancial, a funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.¹¹⁵

Como elucida Salo de Carvalho, Ferrajoli opõe o Estado democrático de direito ao Estado autoritário, e o modelo garantista ao modelo inquisitorial. O direito das garantias ou garantismo seria o fundamento de um modelo de tutela dos direitos fundamentais. Ainda, quanto mais presente a satisfação das garantias individuais e sociais que estão previstas na Constituição, maior é a adesão ao sistema normativo garantista.¹¹⁶

O garantismo, segundo Luiz Regis Prado, busca a tutela de direitos individuais em relação às possíveis agressões vindas, principalmente, do Estado. Um direito penal garantista, próprio do Estado democrático de Direito,

¹¹³ SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia, tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

¹¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica [et al.]. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 785.

¹¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica [et al.]. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 790.

¹¹⁶ CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 3, 97.

opõe-se radicalmente às características do direito penal do inimigo, no qual se reduzem ou extinguem direitos e garantias individuais no âmbito material e processual penal.¹¹⁷

Quando se trata de julgamentos envolvendo crimes de corrupção, não se pode deixar de lado, no cenário jurídico atual, em especial no âmbito da Operação Lava Jato, a ação penal envolvendo o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que recebeu grande divulgação midiática e enorme polarização, inclusive no âmbito jurídico.

São diversos os pontos controvertidos na sentença proferida em 12 de junho de 2017 que condenou o ex-presidente, na Ação Penal nº 5046512-94.2016.4.04.7000/PR¹¹⁸ da 13ª Vara Federal de Curitiba. Os questionamentos vão do juízo competente à fundamentação no conjunto probatório trazido aos autos. Tendo isso em vista, é importante analisar brevemente alguns pontos controvertidos da sentença.

Na sentença, do item 153 ao 169, o juiz afirmou a competência da Justiça Federal, mesmo não se enquadrando nas hipóteses constitucionais de competência da Justiça Federal (artigo 109, Constituição da República), por motivo de conexão. Contudo, para Afrânio Silva Jardim, a alegada conexão não poderia ampliar a competência prevista na Constituição.¹¹⁹

A chamada conexão entre infrações penais ocorre nas hipóteses expressamente previstas no artigo 76 do Código de Processo Penal. A primeira hipótese se verifica quando, ocorrendo duas ou mais infrações, tenham sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, sendo diferentes apenas o tempo e o lugar, ou por diversas pessoas, umas contra as outras. A segunda hipótese ocorre quando, no mesmo caso, as infrações tenham sido praticadas para facilitar ou ocultar umas as outras, ou ainda para conseguir impunidade ou vantagem em relação a

¹¹⁷ PRADO, Luiz Regis. *Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo: uma palavra.* Disponível em: <<http://www.professorluizregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/garantismo%20e%20direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em 22 de nov. de 2018.

¹¹⁸ *Sentença Lula.* Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/denuncias-do-mpf/documentos/LulaSENT1.pdf/view>>. Acesso em 22 de nov. de 2018.

¹¹⁹ JARDIM, Afrânio Silva. Breve análise da sentença que condenou o ex-presidente Lula e outros. In: PRONEL, Carol [et al.] (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula.* Bauru: Canal 6, 2007, p. 25.

alguma delas. A terceira hipótese prevista se dá quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração.

Dessa forma, a conexão pode ampliar a competência de um determinado órgão jurisdicional para que exista apenas um processo e um julgamento de dois ou mais crimes conexos. No caso da Operação Lava Jato caberia, a princípio, o inciso III, com a chamada conexão instrumental ou probatória. Contudo, no caso, muitas infrações processadas e julgadas não possuem prova comum.¹²⁰

Além disso, sendo caso de conexão, os crimes devem ser objeto de apenas um processo para que haja somente um julgamento. Os crimes, no caso, haviam sido processados em autos separados, já existindo julgamento de mérito não havendo mais possibilidade de julgamento conjunto. E o artigo 82 do Código de Processo Penal prevê que “se, não obstante a conexão ou continência, forem instaurados processos diferentes, a autoridade de jurisdição prevalente deverá avocar os processos que corram perante os outros juízes, salvo se já estiverem com sentença definitiva. Neste caso, a unidade dos processos só se dará, ulteriormente, para o efeito de soma ou de unificação das penas”.¹²¹

Também foi alegada na sentença a competência por prevenção. Ela está prevista no artigo 83 do Código de Processo Penal: “verificar-se-á a competência por prevenção toda vez que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com jurisdição cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia ou da queixa”.

Contudo, segundo Afrânio Silva Jardim, não seria caso de prevenção. Esse critério de fixação de competência teria pertinência apenas quando as infrações conexas já forem de competência do juízo, foro ou justiça. Não é o que ocorre na maioria dos casos da Operação Lava Jato. Isso significa que, não sendo mais possível o julgamento conjunto do crime originário de competência

¹²⁰ JARDIM, Afrânio Silva. O ex-presidente Lula é condenado por um órgão jurisdicional incompetente: equívocos em relação à competência do juiz Sergio Moro na chamada Operação Lava Jato. In: PRONEL, Carol [et al.] (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2007, p. 30.

¹²¹ JARDIM, Afrânio Silva. O ex-presidente Lula é condenado por um órgão jurisdicional incompetente: equívocos em relação à competência do juiz Sergio Moro na chamada Operação Lava Jato. In: PRONEL, Carol [et al.] (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2007, p. 31.

do juiz titular da 13ª Vara Federal de Curitiba (afinal já foi julgado separadamente), ainda que os crimes fossem conexos, não existe motivo para a ampliação de competência, violando o princípio constitucional do juiz natural, previsto no art. 5º, inciso LII, da Constituição da República (“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”).¹²²

Além da (in)competência do juízo, também foram tecidas críticas em relação a uma fragilidade argumentativa encontrada na sentença que condenou o ex-presidente, até por falta de provas que tornem a sua ação típica. Para a questão central sobre o recebimento de vantagem indevida em função do cargo de Presidente da República, Alexandre Araújo Costa entende que não haveria comprovação. Apesar de a sentença indicar uma série de fatos que podem ter constituído crime de corrupção, não existiram provas de que Lula recebeu benefícios em função de seu cargo.¹²³

A delação de Léo Pinheiro indica que Lula viria a ser beneficiado após o seu mandato por dinheiro originado de corrupção, contudo, não comprova que ele tenha praticado crime de corrupção. Dessa forma, o critério para a condenação não seria aquele definido em lei (o recebimento de vantagem indevida em função do cargo), mas o recebimento de benefícios oriundos de dinheiro ligado à corrupção. A questão é que, por mais imoral que isso possa ser, não configura o tipo penal de corrupção passiva.¹²⁴

No que diz respeito à transferência da propriedade de um triplex enquanto Lula ainda era presidente, existe apenas a palavra de Léo Pinheiro. Foi com base nela que se concluiu na decisão que Lula detinha a propriedade “de fato” de tal apartamento. Contudo, não existe clareza sobre compensações ou sua propriedade. Sabe-se de uma reserva para Lula de um triplex em construção. A sentença, por outro lado, indica uma transferência gratuita e dissimulada do bem. As provas apontadas demonstram apenas que, entre 2009 e 2010, houve um

¹²² JARDIM, Afrânio Silva. O ex-presidente Lula é condenado por um órgão jurisdicional incompetente: equívocos em relação à competência do juiz Sergio Moro na chamada Operação Lava Jato. In: PRONEL, Carol [et al.] (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2007, p. 31-31.

¹²³ COSTA, Alexandre Araújo. Entre fatos e convicções: análise da sentença do juiz Sérgio Moro que condena o ex-presidente Lula. In: PRONEL, Carol [et al.] (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2007, p. 45.

¹²⁴ COSTA, Alexandre Araújo. Entre fatos e convicções: análise da sentença do juiz Sérgio Moro que condena o ex-presidente Lula. In: PRONEL, Carol [et al.] (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2007, p. 45.

benefício demasiadamente pequeno para caracterizar corrupção, que seria a simples reserva de um imóvel em construção, sem indício de que tenha existido ajuste de transferência gratuita ou compensação de valores recebidos ilicitamente.¹²⁵

Nesse sentido, a sentença condenatória não teria demonstrado a existência do fato imputado como tipo de corrupção passiva. Isso porque, ela não indica a forma pela qual a ação de solicitar ou de aceitar vantagem indevida teria ocorrido. Além disso, não foi delimitado local ou tempo preciso para a ocorrência do fato criminoso. Ainda, o tipo penal de corrupção passiva exige dolo, ou seja, deve ser uma ação realizada com vontade consciente de realizar o tipo. Contudo, a simples menção genérica à expressão “de modo consciente e voluntário” não seria suficiente para demonstrar o elemento subjetivo do dolo, necessário para configurar o tipo de crime de corrupção passiva.¹²⁶

No contexto do processo penal envolvendo o ex-presidente Lula, é importante também citar as polêmicas envolvendo a utilização da condução coercitiva e a divulgação de conversas obtidas por meio de interceptações telefônicas.

Nos itens 67 a 77 da sentença condenatória, busca-se expor os argumentos para sustentar a validade do procedimento de condução coercitiva do ex-presidente Lula, reconhecendo as controvérsias jurídicas de sua adoção sem a intimação prévia do indivíduo a ser conduzido. Sua justificativa para o emprego da medida se deu com o argumento de que diálogos obtidos na interceptação telefônica teriam dado a entender que o ex-presidente e associados tomariam providências visando tumultuar a diligência, o que poderia colocar em risco os agentes policiais envolvidos e até terceiros.

Contudo, isso não está de acordo com a garantia constitucional do devido processo legal, tendo em vista que não houve intimação prévia para prestar depoimento, e que conseqüentemente não houve descumprimento de tal

¹²⁵ COSTA, Alexandre Araújo. Entre fatos e convicções: análise da sentença do juiz Sérgio Moro que condena o ex-presidente Lula. In: PRONEL, Carol [et al.] (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2007, p. 46-47.

¹²⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. A sentença ilegal do juiz Moro contra Lula. In: PRONEL, Carol [et al.] (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2007, p. 256-259.

intimação.¹²⁷ Adiante será feita uma análise da pesquisa jurisprudencial em relação ao entendimento do STF sobre as conduções coercitivas.

No que diz respeito às interceptações telefônicas, em 16 de março de 2016 houve a divulgação para a imprensa de conversas realizadas entre Lula e diversas pessoas, entre elas a então presidente Dilma Rousseff. A gravação dessas conversas teve origem em uma medida de interceptação das comunicações telefônicas realizadas no âmbito da Operação Lava Jato, cujo sigilo foi afastado por decisão proferida nos autos da Ação Penal nº 5006205-98.2016.4.04.7000/PR.

Na decisão de afastamento do sigilo, foram trazidos os seguintes fundamentos: a) propiciar a ampla defesa pelos investigados; b) o interesse público na apuração dos crimes contra a Administração Pública; c) a submissão ao “saudável escrutínio público” sobre a atuação da Administração Pública e da Justiça Criminal; d) o fato de que a democracia exigiria que os governados saibam o que fazem os governantes; e) a defesa da intimidade ou interesse social não prevaleceriam sobre a publicidade dos atos, nos termos da Constituição.¹²⁸

Após o ocorrido, em 18 de março, o Ministro Gilmar Mendes, mesmo declarando-se ciente do argumento de que a conversa teria sido gravada fora do período de autorização judicial, suspendeu a eficácia da nomeação de Lula para o cargo de Ministro da Chefe da Casa Civil e determinou a manutenção dos procedimentos criminais de primeira instância em seu favor. Então, em 22 de março, o então Relator da Operação Lava Jato no STF, Ministro Teori Zavascki, em Reclamação 23.457 MC/PR apresentada pela Presidência da República, deferiu a liminar para determinar a suspensão e remessa ao STF do pedido de quebra de sigilo telefônico e demais procedimentos relacionados, determinando que a autoridade reclamada prestasse informações em 10 dias, afirmando que

¹²⁷ SILVA, Otavio Pinto e. Uso e abuso da condução coercitiva. In: PRONEL, Carol [et al.] (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2007, p. 465.

¹²⁸ SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. Do levantamento do sigilo das interceptações telefônicas à perda da imparcialidade objetiva. In: PRONEL, Carol [et al.] (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2007, p. 62.

havia a possibilidade de haver responsabilização disciplinar, civil ou criminal do magistrado.¹²⁹

Em sua decisão, o Ministro Teori Zavascki apontou que: a) a decisão de levantamento de sigilo viola o direito fundamental ao sigilo das comunicações (art. 5º, inciso XII, Constituição da República); b) a Lei 9.296/1996 garante o sigilo em seus artigos 1º e 8º; c) as autoridades públicas não perdem sua intimidade e privacidade em razão da ocupação de cargo; d) no momento da prolação da decisão que autorizou a divulgação das conversas, o magistrado já sabia de sua incompetência por se tratar de interlocutor cuja competência era especial por prerrogativa de função (Presidente da República); e) a decisão de divulgação das conversas ocorreu de maneira imediata, sem levar em conta sua única finalidade constitucionalmente legítima (“fins de investigação criminal ou instrução processual penal”, como previsto na Lei 9.296/1996); f) a decisão não oportunizou contraditório.¹³⁰

Dessa forma, percebe-se que a decisão de divulgação das conversas obtidas mediante interceptação telefônica violou o direito fundamental ao sigilo das comunicações e o princípio do juiz natural, tendo em vista a incompetência do juiz que prolatou a sentença, por envolver interlocutor com prerrogativa de função.

Posteriormente, a 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) confirmou em 24 de janeiro de 2018, por unanimidade, a condenação do ex-presidente Lula pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, aumentando a pena de 9 anos e 6 meses para 12 anos e um mês de reclusão em regime fechado, com o pagamento de 280 dias-multa (com valor unitário de cinco salários mínimos).¹³¹

Foi, então, impetrado *habeas corpus* no STF para que o ex-presidente não tivesse sua pena executada antes do trânsito em julgado da sentença penal

¹²⁹ SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. Do levantamento do sigilo das interceptações telefônicas à perda da imparcialidade objetiva. In: PRONEL, Carol [et al.] (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2007, p. 63.

¹³⁰ SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. Do levantamento do sigilo das interceptações telefônicas à perda da imparcialidade objetiva. In: PRONEL, Carol [et al.] (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2007, p. 64.

¹³¹ TRF4, 8ª Turma, Apelação Criminal Nº 5046512-94.2016.4.04.7000, rel. Des. João Pedro Gebran Neto, julgamento 24.01.2018, publicação 06.02.2018.

condenatória, que foi rejeitado¹³² (decisão que será citada na pesquisa de jurisprudência). Ainda, tendo em vista a nomeação do juiz Sergio Moro para Ministro da Justiça, foi impetrado novo *habeas corpus* pela defesa de Lula, concentrando os argumentos na suspeição do magistrado de primeiro grau¹³³, cujo julgamento ainda não havia sido concluído ao final da presente pesquisa.

Tendo em vista o exemplo da sentença condenatória do ex-presidente Lula no contexto da Operação Lava Jato e a polêmica em torno de algumas garantias processuais penais que podem ter sido violadas no caso, percebe-se a importância de uma pesquisa jurisprudencial para verificar que direitos podem estar sendo mitigados e como o STF vem se posicionando em tais casos.

2.2.1 CUMPRIMENTO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA

A questão relativa à possibilidade do início da execução de sentença penal condenatória após a confirmação da condenação em segundo grau já teve diferentes entendimentos no Supremo Tribunal Federal (STF). A última alteração de posicionamento em julgamento colegiado ocorreu com o *habeas corpus* 126.292/SP julgado pelo STF na sessão do dia 17/02/2016. Antes, o entendimento oposto havia sido formado com o julgamento do *habeas corpus* 84.078/MG¹³⁴, segundo o qual a prisão decorrente de condenação pressupõe o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

A decisão, por maioria¹³⁵, foi no sentido de que há a possibilidade de se iniciar a execução da sentença penal condenatória após a confirmação da condenação em segundo grau, mesmo antes de haver o trânsito em julgado. O entendimento majoritário foi de que isso não fere o princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5º, LVII, da Constituição da República (“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”).

¹³² STF, Pleno, *Habeas Corpus* 152.752, rel. Min. Edson Fachin, julgamento 04.04.2018, publicação 27.06.2018.

¹³³ STF, 2ª Turma, *Habeas Corpus* 164.493, rel. Min. Edson Fachin, julgamento 04.12.2018, publicação 04.12.2018.

¹³⁴ STF, Pleno, *Habeas Corpus* 84.078, rel. Min. Eros Grau, julgamento 05.02.2009, publicação 26.02.2010.

¹³⁵ Foram votos vencidos a Ministra Rosa Weber e os Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello e Ricardo Lewandowski.

A ementa é a seguinte:

CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. *Habeas corpus* denegado. (STF, Pleno, *Habeas Corpus* 126.292, rel. Min. Teori Zavascki, julgamento 17.02.2016, publicação 17.05.2016).

Posteriormente, ainda houve iniciativas como as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43¹³⁶ e 44¹³⁷, propostas pelo Partido Ecológico Nacional (PEN) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), respectivamente. Os proponentes argumentaram que o artigo 283 do Código de Processo Penal¹³⁸ está sendo desrespeitado por decisões que determinam o início do cumprimento da pena de prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Contudo, medidas cautelares nas ADCs 43 e 44 foram julgadas no sentido de que a execução após a condenação em segunda instância seria mesmo a regra.¹³⁹

Em 19 de dezembro de 2018, em decisão monocrática, o Ministro Marco Aurélio deferiu liminar na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) 54, ajuizada pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB), julgando constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal. Na decisão, foi determinada a suspensão de execução da pena nas condenações que não transitaram em julgado. Como fundamento, afirmou que a regra é a liberdade antes do trânsito em julgado da decisão condenatória, com a exceção das situações previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal, em que há o cabimento da prisão preventiva.¹⁴⁰ Contudo, a liminar foi suspensa pelo presidente do STF, Ministro

¹³⁶ STF, Ação Declaratória de Constitucionalidade 43, rel. Min. Marco Aurélio.

¹³⁷ STF, Ação Declaratória de Constitucionalidade 44, rel. Min. Marco Aurélio.

¹³⁸ Artigo 283 do Código de Processo Penal: “Ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva.”

¹³⁹ STF, Pleno, Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 43, rel. Min. Marco Aurélio, rel. para acórdão Min. Edson Fachin, julgamento 05.10.2016, publicação 07.03.2018.

¹⁴⁰ STF, Medida Cautelar na Ação Declaratória de Constitucionalidade 54, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento 19/12/2018. Disponível em:

Toffoli, entendendo que a liminar contrariaria posição consolidada em vários outros casos analisados pelo Plenário do STF.¹⁴¹

Importante destacar trecho do voto do Ministro Luís Roberto Barroso no HC 126.292, segundo o qual “a possibilidade de execução da pena após a condenação em segundo grau: (...) (ii) diminui o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro, tornando-o mais republicano e igualitário, bem como reduz os incentivos à criminalidade de colarinho branco, decorrente do mínimo risco de cumprimento efetivo da pena”.¹⁴²

Para o Ministro Barroso, a possibilidade de recorrer em liberdade aproveita sobretudo os réus abastados, que possuiriam condições financeiras para contratar uma defesa mais qualificada que impetraria diversos recursos, evitando o início do cumprimento da pena. Por outro lado, segundo o Ministro, os réus cuja situação econômica é menos favorecida não teriam dinheiro (e nem a Defensoria Pública teria estrutura) para procrastinar o processo.

Contudo, deixa-se de lado o fato de que esse *habeas corpus* em que o STF alterou seu entendimento no assunto se deu em um processo envolvendo crime de roubo, que não integra o rol de crimes de colarinho branco. Trata-se, portanto, de um indício de que o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, apesar de fazer parte de um discurso contra a criminalidade dos mais abastados, não afeta somente esses, atingindo, como é de costume no sistema penal, a população que comete os chamados crimes de rua.

Além disso, diversas Defensorias Públicas Estaduais e também a Defensoria Pública da União (DPU) se manifestaram contrariamente à alteração do entendimento do STF, o que vai de encontro à ideia de que o início do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado não afetaria os mais pobres, assistidos pela Defensoria Pública.¹⁴³

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=399127>>. Acesso em: 25 de jan. de 2019.

¹⁴¹ STF, Suspensão de liminar 1.188, Ministro Dias Toffoli, julgamento 19.12.2018. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=399141>>. Acesso em: 25 de jan. de 2019.

¹⁴² Voto do Ministro Luís Roberto Barroso. STF, Pleno, *Habeas Corpus* 126.292, rel. Min. Teori Zavascki, julgamento 17.02.2016, publicação 17.05.2016.

¹⁴³ *Defensoria se posiciona no STF contra execução antecipada da pena*. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/3105-Defensoria-se-posiciona-no-STF-contra-execucao-antecipada-da-pena>>. Acesso em: 20 de nov. de 2018; *Defensor alerta no STF para alta taxa de reforma das sentenças de segundo grau*. Disponível em:

Em análise indicando os advogados que mais venceram *habeas corpus* de 2009 a 2017, no STF, chegou-se à conclusão de que a Defensoria Pública (seja da União ou dos Estados) possui performance melhor do que a do grupo de elite da advocacia privada, com 16% de aproveitamento em seus *habeas corpus* no STF, vencendo um número quase cinco vezes maior do que a advocacia privada, chegando a 1787 ordens concedidas no período. O sucesso da Defensoria seria equivalente a 45% do volume total de *habeas corpus* concedidos pelo STF de 2009 a 2017.¹⁴⁴

Ainda, em relatório elaborado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) Direito Rio em 2014, existe um percentual de 8,27% de taxa de sucesso (consideradas concessões integrais e parciais) no STF e 27,86% no STJ em relação aos *habeas corpus* impetrados nos tribunais superiores.¹⁴⁵ Isso significa que quase 30% dos pedidos de *habeas corpus* são concedidos pelo STJ, o que revela que uma considerável quantidade de pessoas pode ter sofrido a privação de sua liberdade erroneamente, e podem ser, na realidade, inocentes.

Como afirma o Ministro Celso de Mello em seu voto, “**A nossa Constituição** estabelece, *de maneira muito nítida, limites que não podem ser transpostos* pelo Estado (e por seus agentes) **no desempenho** da atividade de persecução penal. *Na realidade*, é a própria Lei Fundamental **que impõe**, *para efeito de descaracterização da presunção de inocência*, **o trânsito** em julgado da condenação criminal”.¹⁴⁶

Um dos argumentos favoráveis ao início da execução da sentença penal condenatória após a confirmação da condenação em segundo grau faz menção a uma suposta diferença entre ser considerado culpado e ser preso. Afinal, a literalidade do art. 5º, LVII, da Constituição determina que antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória “ninguém será considerado culpado”, e não “ninguém poderá ser preso”. Isso não se sustenta, contudo.

<<http://www.dpu.def.br/noticias-categoria-especial/32788-defensor-alerta-no-stf-para-alta-taxa-de-reforma-das-sentencas-de-segundo-grau>>. Acesso em 20 de nov. de 2018.

¹⁴⁴ COSTA, Henrique Araújo; PAIXÃO, Ricardo Fernandes. *Quem mais vence HC no STF?* Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/quem-mais-vence-hc-no-stf-07122017>>. Acesso em 20 de nov. de 2018.

¹⁴⁵ FGV DIREITO RIO – Centro Justiça e Sociedade 0 CJUS Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/radiografia-habeas-corpus.pdf>>. Acesso em 21 de nov. de 2018.

¹⁴⁶ Voto do Celso de Mello (destaques no original). STF, Pleno, *Habeas Corpus* 126.292, rel. Min. Teori Zavascki, julgamento 17.02.2016, publicação 17.05.2016.

Pode ocorrer que alguém seja considerado culpado e não tenha sido preso, mas não o contrário. É necessário que o acusado tenha sido considerado culpado para ser preso. A prisão pena (diferentemente da prisão cautelar) exige que o indivíduo tenha sido considerado culpado. Afinal, a execução da pena exige que tenha sido configurado um crime, o qual, pela definição analítica, corresponde a uma ação típica, antijurídica e culpável. Não se pode, portanto, aplicar uma pena antes de se declarar alguém culpado.

Nesse sentido, Estefânia Maria de Queiroz Barbosa e Guilherme Brenner Lucchesi afirmam que o novo entendimento do STF permitiria duas interpretações. A primeira seria a de que a prisão de um indivíduo com base em sua culpa não significaria considerá-lo culpado, o que é absurdo e levaria à execução da pena restritiva de liberdade em relação a inocentes. A segunda interpretação levaria à admissão de que o texto de uma cláusula pétrea constitucional pode ser totalmente desconsiderado, o que abriria o grave precedente para futuras infrações à ordem constitucional.¹⁴⁷

Em outro sentido, Sergio Fernando Moro já havia se manifestado com argumento favorável à alteração do entendimento do STF, defendendo que a execução da pena após o trânsito em julgado traria pouca efetividade às sentenças e acórdãos. Para ele, “assim, sentenças e acórdãos condenatórios não valem mais do que meros pareceres”.¹⁴⁸ Moro entende que haveria, com isso, um estímulo para que os advogados recorram sem ter razão, podendo favorecer a prescrição e prejudicar a pretensão punitiva.

O princípio de presunção de inocência e a proteção das garantias constitucionais em um Estado Democrático de Direito impedem que se concorde com o argumento acima citado. Até mesmo porque, como afirma Francisco Monteiro Rocha Júnior, se a questão não é jurídica, mas de política criminal, o correto seria um julgamento menos moroso dos recursos, de forma a respeitar a presunção de inocência e a ampla defesa.¹⁴⁹

¹⁴⁷ BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; LUCCHESI, Guilherme Brenner. A interpretação inconstitucional do STF no HC 126.292. *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*. Ano 04, edição especial, 2016, p. 7.

¹⁴⁸ MORO, Sergio Fernando. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 8.

¹⁴⁹ ROCHA JÚNIOR, Francisco Monteiro. *Argumentos jurídicos ou política criminal populista?* Disponível em: <<https://www.gazetadopovo.com.br/opinioao/artigos/argumentos-juridicos-ou-politica-criminal-populista-c2ntczj9riki85qw389s6rpf/>>. Acesso em 21 de nov. de 2018.

A ideia de que haveria uma necessidade de ponderação do princípio da presunção de inocência, porque aguardar todos os recursos favoreceria a impunidade, é equivocada. Nem tudo o que se chama de princípio no ordenamento jurídico brasileiro pode estar sujeito à ponderação no sentido dado por Robert Alexy.¹⁵⁰ Ainda, a impunidade não pode ser considerada um argumento jurídico, mas sim uma preocupação de política criminal, que não pode levar ao afastamento ou restrição de direitos fundamentais.¹⁵¹

No julgamento do HC 126.292 pelo STF, o voto do Ministro Relator Teori Zavascki trouxe também o argumento de que em outros países seria possível a execução antecipada da pena, mesmo que a decisão ainda esteja sujeita a recurso aos tribunais superiores. Contudo, isso não muda o fato de que há um comprometimento do princípio da presunção de inocência no Brasil, porque o direito comparado não possui relevância quando se trata da interpretação da Constituição da República.

O sistema constitucional nacional deve ser a base para a análise daquilo que está previsto na Constituição, além dos tratados que foram incorporados ao direito brasileiro, e não a ordem constitucional de outros países. Não se pode restringir um direito fundamental utilizando como argumento sistemas constitucionais estrangeiros.

Havendo dúvida na interpretação de algum dispositivo constitucional, é sempre preciso que se adote o entendimento que consistir na maior eficácia da norma constitucional, em especial das que tratam de direitos fundamentais, como ocorre na presunção de inocência. Dessa forma, a hermenêutica

¹⁵⁰ A propósito, para Décio Franco David e Gilson Bonato, “a presunção de inocência não detém conteúdo normativo suficiente para ser considerado um princípio, embora, não raras vezes, seja assim chamado pela doutrina e jurisprudência. Em verdade, apura-se que a densidade normativa da presunção de inocência corresponde a uma norma regra, pois não admite a ductilidade atribuída aos comandos normativos principiológicos. Pelo contrário, apresenta-se como uma regra que deve ser válida exatamente para aquilo que ela exige”. In: DAVID, Décio Franco; BONATO, Gilson. Execução antecipada da pena: entre a garantia do estado de inocência, a coisa julgada e as teorias absolutas da pena. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Vol. 4, n. 3, 2018, p. 1169.

¹⁵¹ HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em 21 de nov. de 2018.

constitucional deve sempre ser guiada pela máxima efetividade dos direitos fundamentais.¹⁵²

O *habeas corpus* acima comentado representou uma mudança de entendimento do STF. Contudo, não se deu em um processo que envolve crime de corrupção, como os demais processos encontrados na busca de jurisprudência do Tribunal. Entre eles, o HC 152.752/PR, envolvendo o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, que ensejou nova discussão sobre o tema em Plenário. A ementa é a seguinte:

HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. IMPETRAÇÃO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COGNOSCIBILIDADE. ATO REPUTADO COATOR COMPATÍVEL COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. ILEGALIDADE OU ABUSO DE PODER. INOCORRÊNCIA. ALEGADO CARÁTER NÃO VINCULANTE DOS PRECEDENTES DESTA CORTE. IRRELEVÂNCIA. DEFLAGRAÇÃO DA ETAPA EXECUTIVA. FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. DESNECESSIDADE. PEDIDO EXPRESSO DA ACUSAÇÃO. DISPENSABILIDADE. PLAUSIBILIDADE DE TESES VEICULADAS EM FUTURO RECURSO EXCEPCIONAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. ORDEM DENEGADA.

1. Por maioria de votos, o Tribunal Pleno assentou que é admissível, no âmbito desta Suprema Corte, impetração originária substitutiva de recurso ordinário constitucional.

2. O *habeas corpus* destina-se, por expressa injunção constitucional (art. 5º, LXVIII), à tutela da liberdade de locomoção, desde que objeto de ameaça concreta, ou efetiva coação, fruto de ilegalidade ou abuso de poder.

3. Não se qualifica como ilegal ou abusivo o ato cujo conteúdo é compatível com a compreensão do Supremo Tribunal Federal, sobretudo quando se trata de jurisprudência dominante ao tempo em que proferida a decisão impugnada.

4. Independentemente do caráter vinculante ou não dos precedentes, emanados desta Suprema Corte, que admitem a execução provisória da pena, não configura constrangimento ilegal a decisão que se alinha a esse posicionamento, forte no necessário comprometimento do Estado-Juiz, decorrente de um sistema de precedentes, voltado a conferir cognoscibilidade, estabilidade e uniformidade à jurisprudência.

5. O implemento da execução provisória da pena atua como desdobramento natural da perfectibilização da condenação sedimentada na seara das instâncias ordinárias e do cabimento, em tese, tão somente de recursos despidos de automática eficácia suspensiva, sendo que, assim como ocorre na deflagração da execução definitiva, não se exige motivação particularizada ou de índole cautelar.

6. A execução penal é regida por critérios de oficialidade (art. 195, Lei n. 7.210/84), de modo que sua inauguração não desafia pedido expresso da acusação.

7. Não configura reforma prejudicial a determinação de início do cumprimento da pena, mesmo se existente comando sentencial anterior que assegure ao acusado, genericamente, o direito de recorrer em liberdade.

¹⁵² HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em 21 de nov. de 2018.

8. Descabe ao Supremo Tribunal Federal, para fins de excepcional suspensão dos efeitos de condenação assentada em segundo grau, avaliar, antes do exame pelos órgãos jurisdicionais antecedentes, a plausibilidade das teses arguidas em sede de recursos excepcionais.

9. Ordem denegada. (STF, Pleno, *Habeas Corpus* 152.752, rel. Min. Edson Fachin, julgamento 04.04.2018, publicação 27.06.2018).

Esse e os outros casos analisados revelam que um STF - extremamente polarizado no assunto - vem decidindo no sentido de que a execução provisória da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não fere o princípio da presunção de inocência. Entendimento com o qual não se pode concordar, pelos motivos que se trarão a seguir.

Segundo Aury Lopes Jr., a presunção de inocência é o princípio reitor do processo penal, podendo se aferir a qualidade de um sistema processual por meio do nível de observância e eficácia desse princípio¹⁵³ (tão mitigado pelo STF nos últimos anos). A presunção de inocência corresponde ao fato de que o imputado deve receber um tratamento no processo penal partindo-se da ideia de que ele é inocente, de forma a reduzir as medidas que restrinjam seus direitos no âmbito processual.

Existe um dever de tratamento imposto pela presunção de inocência, que ocorre em duas dimensões, uma interna e outra externa ao processo. Na dimensão interna, relaciona-se com o dever de tratamento imposto ao juiz no sentido de que o ônus da prova é inteiramente daquele que acusa, que a incerteza implica a absolvição, e que a utilização das prisões cautelares deve ser restringida ao máximo. Já a dimensão externa diz respeito a um dever de proteção contra o abuso na publicidade e na estigmatização antecipada do imputado.¹⁵⁴

A presunção de inocência corresponde a um princípio fundamental de civilidade, que parte de uma opção protetora do indivíduo feita pela constituinte. Dessa forma, mesmo que se tenha de “pagar o preço da impunidade de algum culpável”¹⁵⁵, ele deve ser respeitado, até porque o interesse maior é o de que todos os inocentes sejam protegidos. É, segundo Aury Lopes Jr., uma opção

¹⁵³ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 92-93.

¹⁵⁴ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Vol. 2. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 56.

¹⁵⁵ Lopes Jr., Aury. *Prisões cautelares*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23.

ideológica, porque elege um valor. A presunção de inocência traz um dever de tratamento, exigindo que o réu seja tratado como inocente.¹⁵⁶

De acordo com Luigi Ferrajoli, sendo a jurisdição a atividade necessária para a obtenção de prova de que um indivíduo cometeu determinado crime, não sendo a prova encontrada mediante um juízo regular, nenhum crime pode ser considerado cometido e ninguém pode ser reputado culpado, nem submetido a pena. A culpa, e não a inocência, deve ser demonstrada; a inocência deve ser presumida desde o início. Trata-se de um princípio fundamental de civilidade, que representa uma opção garantista a favor da tutela da imunidade dos inocentes, ainda que ao custo da impunidade de algum culpado.¹⁵⁷

Esse princípio é dotado de um conteúdo ideológico, no sentido de que busca expressar a vontade do legislador de garantia da posição de liberdade do acusado em oposição ao interesse coletivo de repressão penal. A presunção de inocência deve nortear todo o processo penal e respeitar os valores ligados à noção de dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, deve incidir sobre todas as etapas de investigação, tanto pré-processuais quanto processuais, visando assegurar que nenhum indiciado ou acusado receba qualquer tratamento que o equipare ao condenado. Como afirma Gilson Bonato, toda antecipação de medida punitiva ou que leve ao reconhecimento da culpabilidade antes da sentença final viola o princípio de presunção de inocência.¹⁵⁸

Nesse sentido, são necessários a reafirmação e o respeito ao princípio de presunção de inocência pelo Judiciário, em especial pelo Supremo Tribunal Federal. Não é aceitável que pessoas sejam condenadas mesmo que exista uma dúvida razoável em relação a sua culpabilidade.¹⁵⁹ Da mesma forma, não se pode violar uma garantia constitucional antecipando o cumprimento da pena.

2.2.2 CONDUÇÃO COERCITIVA

¹⁵⁶ Lopes Jr., Aury. *Prisões cautelares*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 23.

¹⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica [et al.]. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 505-506.

¹⁵⁸ BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 126-127.

¹⁵⁹ GRAY, Anthony. *Presumption of innocence in peril: a comparative critical perspective*. Lanham: Lexington Books, 2017, p. 179.

Muito vem se falando sobre conduções coercitivas nos últimos anos no cenário jurídico brasileiro, em especial por conta de sua utilização no âmbito da Operação Lava Jato. De acordo com os números divulgados pela Polícia Federal do Paraná, foram cumpridos 210 mandados de condução coercitiva na Operação Lava Jato.¹⁶⁰

Ainda, após o início da Operação Lava Jato, o total de conduções coercitivas cresceu 303,9%. De 1º de janeiro de 2013 a 31 de março de 2017, os mandados expedidos passaram de 564 a 2278, sendo utilizado o instituto por todo o país. A Polícia Federal do Paraná foi a que mais utilizou a condução coercitiva no período, mas a Lava Jato representa somente 3,3% das vezes em que a medida foi aplicada a indiciados e testemunhas.¹⁶¹

A polêmica em torno das conduções coercitivas ganhou mais holofotes quando o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva foi alvo de uma condução coercitiva na 24ª fase da Operação Lava Jato. De acordo com o juiz Sergio Moro, a determinação da condução coercitiva se deu para evitar tumultos e organização de manifestações.¹⁶² A questão é que o ex-presidente não havia ao menos sido intimado para depor.

A condução coercitiva é um instituto processual presente no artigo 218 do Código de Processo Penal, no Título VII, “Da Prova”, capítulo VI, “Das testemunhas”, que determina: “Se, regularmente intimada, a testemunha deixar de comparecer sem motivo justificado, o juiz poderá requisitar à autoridade policial a sua apresentação ou determinar seja conduzida por oficial de justiça, que poderá solicitar o auxílio da força pública”.

Também é feita menção ao instituto no artigo 201, parágrafo 1º do Código de Processo Penal, que trata do ofendido (“Se, intimado para esse fim, deixar de comparecer sem motivo justo, o ofendido poderá ser conduzido à presença da autoridade”), e no artigo 260, também do Código de Processo Penal, que trata do acusado (“Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório,

¹⁶⁰ *Operação Lava Jato – Números*. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/numeros-da-operacao-lava-jato>>. Acesso em 22 de nov. de 2018.

¹⁶¹ *Total de conduções coercitivas cresce 304% pós-Lava Jato*. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,total-de-conducoes-coercitivas-cresce-304-pos-lava-jato,70001873565>>. Acesso em 22 de nov. de 2018.

¹⁶² *Condução coercitiva de Lula foi decidida para evitar tumulto, diz Moro*. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1746437-conducao-coercitiva-de-lula-foi-decidida-para-evitar-tumulto-diz-moro.shtml>>. Acesso em 22 de nov. de 2018.

reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença”).

Desses dispositivos legais, é possível inferir que a condução coercitiva pode ser interpretada como um instrumento de restrição temporária da liberdade para que a autoridade judicial possa fazer comparecer aquele cuja presença é essencial para o curso da persecução penal, que injustificadamente não atendeu à intimação. Disso, pode-se concluir que existem requisitos para a sua utilização, como a intimação ou comunicação para o comparecimento ao ato e a recusa injustificada para o comparecimento.

Com isso, não seria possível se pensar em colocar um indivíduo numa viatura policial sem antes disponibilizar uma oportunidade para o comparecimento espontâneo. Mais do que isso, respeitando-se os princípios e garantias presentes na Constituição, não se pode utilizar a condução coercitiva contra investigados e acusados que possuem direito de autodefesa, de não incriminação e direito ao silêncio. Assim, pode-se pensar na inconstitucionalidade do artigo 260 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, em 14 de junho de 2018 o Plenário do STF declarou a impossibilidade da condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório. A decisão dos julgamentos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 395, ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT), e da ADPF 444, ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), foi a seguinte:

O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para pronunciar a não recepção da expressão “para o interrogatório”, constante do art. 260 do CPP, e declarar a incompatibilidade com a Constituição Federal da condução coercitiva de investigados ou de réus para interrogatório, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de ilicitude das provas obtidas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. O Tribunal destacou, ainda, que esta decisão não desconstitui interrogatórios realizados até a data do presente julgamento, mesmo que os interrogados tenham sido coercitivamente conduzidos para tal ato. Vencidos, parcialmente, o Ministro Alexandre de Moraes, nos termos de seu voto, o Ministro Edson Fachin, nos termos de seu voto, no que foi acompanhado pelos Ministros Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia (Presidente). Plenário, 14.6.2018 (STF, Pleno, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 395, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento 14.06.2018, publicação 15.06.2018).

Por maioria dos votos, entendeu-se que a condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório, constante do artigo 260 do Código de Processo

Penal, não foi recepcionada pela Constituição de 1988. De acordo com o entendimento majoritário, o emprego da medida representa restrição à liberdade de locomoção e viola a presunção de não culpabilidade, sendo, portanto, incompatível com os preceitos constitucionais.

Além disso, decidiu-se que o agente ou a autoridade que desobedecerem a decisão poderão ser responsabilizados nos âmbitos disciplinar, civil e penal. As provas obtidas por meio do interrogatório ilegal também podem ser consideradas ilícitas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Contudo, a presidente do STF Ministra Cármen Lúcia ressaltou que a decisão do STF não desconstitui interrogatórios realizados até aquela data, mesmo que o investigado ou réu tenha sido coercitivamente conduzido para o ato.

Em seu voto, o Ministro Dias Toffoli afirmou que é dever do STF, na tutela da liberdade de locomoção, “zelar pela estrita observância dos limites legais para a imposição da condução coercitiva, sem dar margem para que se adotem interpretações criativas que atentem contra o direito fundamental de ir e vir, a garantia do contraditório e da ampla defesa e a garantia da não autoincriminação”.¹⁶³

O Ministro Ricardo Lewandowski ainda destacou que a decisão não tem a ver com a proteção aos ricos ou com dificultar o combate à corrupção, afirmando que “por mais que se possa ceder ao clamor público, os operadores do direito, sobretudo os magistrados, devem evitar a adoção de atos que viraram rotina nos dias atuais, tais como o televisionamento de audiências sob sigilo, as interceptações telefônicas ininterruptas, o deferimento de condução coercitiva sem que tenha havido a intimação prévia do acusado, os vazamentos de conversas sigilosas e de delações não homologadas e as prisões provisórias alongadas, dentre outras violações inadmissíveis em um estado democrático de direito”.¹⁶⁴

¹⁶³ *Plenário declara a impossibilidade da condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510>>. Acesso em 22 de nov. de 2018.

¹⁶⁴ *Plenário declara a impossibilidade da condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510>>. Acesso em 22 de nov. de 2018.

Segundo o Ministro Marco Aurélio, o artigo 260 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pela Constituição de 1998 quanto à condução coercitiva para interrogatório. Ele afirmou não haver dúvida de que o instituto cerceia a liberdade de ir e vir e que se dá com um ato de força praticado pelo Estado. A medida causaria desgaste irreparável da imagem do cidadão em sociedade, prejudicando a sua dignidade.¹⁶⁵

No mesmo sentido, o Ministro Celso de Mello, destacou que a condução coercitiva para interrogatório é inadmissível sob o ponto de vista constitucional, tendo em vista a garantia do devido processo penal e do direito de não autoincriminação. Ainda, nos casos de testemunhas e peritos, para ser validamente efetivado o mandato de condução coercitiva é necessário o cumprimento dos seguintes pressupostos: a) prévia e regular intimação pessoal do convocado para comparecer perante a autoridade competente; b) não comparecimento ao ato processual designado; e, c) inexistência de causa legítima que justifique a ausência ao ato processual que motivou a convocação.¹⁶⁶

Dessa forma, percebe-se que a utilização de conduções coercitivas para indiciados e acusados é inconstitucional, porque viola o direito de liberdade de locomoção, o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, o direito de não autoincriminação e a presunção de inocência. Ainda, ela favorece o processo penal espetáculo, que é utilizado como forma de penalizar indiciados e acusados antes mesmo da existência de uma condenação.

2.2.3 PRISÕES CAUTELARES

Um dos institutos no processo penal que geram questionamentos a respeito de possíveis violações ao princípio de presunção de inocência é o das prisões cautelares. O Código de Processo Penal sofreu, com a Lei 12.403/2011,

¹⁶⁵ *Plenário declara a impossibilidade da condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510>>. Acesso em 22 de nov. de 2018.

¹⁶⁶ *Plenário declara a impossibilidade da condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510>>. Acesso em 22 de nov. de 2018.

mais uma reforma parcial, afetando o regime jurídico das medidas cautelares pessoais. A principal alteração foi a adoção de um modelo amplo para o regime das prisões cautelares, rompendo com o binário prisão cautelar ou liberdade provisória, trazendo um rol de medidas alternativas à prisão. As prisões cautelares são aquelas decretadas durante o processo, em oposição à prisão pena, após a condenação. Elas se dividem em três modalidades: prisão em flagrante, prisão temporária e prisão preventiva.

A prisão em flagrante está prevista nos artigos 301 e seguintes do Código de Processo Penal. É a prisão realizada quando o indivíduo é encontrado em flagrante delito. De acordo com o artigo 302 do Código de Processo Penal, considera-se em flagrante delito quem está cometendo a infração penal; quem acaba de cometê-la; quem logo após é perseguido pela autoridade, ofendido ou qualquer pessoa em situação que faça presumir ser autor da infração; ou, quem é, logo depois, encontrado com instrumentos, objetos, armas ou papéis que façam presumir que ele seja autor da infração.

Há um dever de análise judicial em até 24 horas após a realização da prisão em flagrante, na qual o juiz decidirá sobre a sua legalidade e sobre a manutenção da prisão (que passará a ser preventiva, se for o caso). Como previsto no artigo 310 do Código de Processo Penal, é possível que o juiz, fundamentadamente, relaxe a prisão ilegal, converta a prisão em flagrante em preventiva (quando presentes os requisitos do artigo 312 do Código e forem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão), ou conceda liberdade provisória (com ou sem fiança).¹⁶⁷

Autores como Aury Lopes Jr. defendem que a prisão em flagrante não seria propriamente cautelar, mas teria caráter precautelar. O flagrante seria uma medida precária, mera detenção, que não se dirige a garantir o resultado final do processo, podendo ser praticada por particular ou pela autoridade policial. A prisão em flagrante se destinaria, portanto, a colocar o indivíduo à disposição do juiz para que seja adotada ou não uma verdadeira medida cautelar. Seria uma medida independente, porém instrumental.¹⁶⁸

¹⁶⁷ MORAES, Mauricio Zanoide de. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*. Vol 31, n. 113, 2011, p. 93.

¹⁶⁸ Lopes Jr., Aury. *Prisões cautelares*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 49-50.

Já a prisão temporária está regulada pela Lei 7.960/1989. Trata-se de uma prisão cautelar com prazo máximo de duração previsto em lei. Inclusive, é um prazo com sanção, porque terminado o prazo legal, o imputado deve ser imediatamente posto em liberdade, sob pena de se configurar delito de abuso de autoridade. O art. 2º, *caput*, da Lei 7.960/1989 determina que: “a prisão temporária será decretada pelo Juiz, em face da representação da autoridade policial ou de requerimento do Ministério Público, e terá o prazo de 5 (cinco) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade”.

Portanto, segundo Gustavo Henrique Badaró, trata-se de modalidade de prisão cautelar de duração limitada no tempo, que é utilizada na fase de investigação policial de determinados crimes de maior gravidade, cujo objetivo é evitar que a liberdade do investigado dificulte a coleta de provas.¹⁶⁹

Entre os principais aspectos da prisão temporária, tem-se que ela será decretada pelo juiz, mediante requerimento do Ministério Público ou representação da autoridade policial, não podendo ser decretada de ofício pelo juiz. Seus prazos de duração são: até 5 dias, prorrogáveis por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade; sendo o crime hediondo, o prazo poderá ser de 30 dias, prorrogáveis por igual período (artigo 2º, parágrafo 4º, Lei 8.072/1990).

Trata-se de uma prisão cautelar para satisfazer o interesse da polícia no contexto das investigações no inquérito, permitindo que ela disponha do imputado. A propósito, a respectiva lei foi promulgada logo após o nascimento da Constituição de 1988, atendendo à pressão da polícia judiciária brasileira que, com a nova Constituição teria perdido o poder de prender para averiguação ou identificação de suspeitos.¹⁷⁰

Por outro lado, a prisão preventiva não tem prazo máximo de duração. Ela está prevista a partir do artigo 311 do Código de Processo Penal. Pode ser decretada no curso da investigação preliminar ou do processo, inclusive após a sentença condenatória recorrível. E no curso da ação penal é possível que seja decretada de ofício pelo juiz.

¹⁶⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1045.

¹⁷⁰ Lopes Jr., Aury. *Prisões cautelares*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 166.

Os requisitos para a prisão preventiva estão no artigo 312 do Código de Processo Penal, o qual prevê que a prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou, ainda, para assegurar a aplicação da lei penal, nos casos em que há prova da existência do crime e indício suficiente de autoria. Ainda, o parágrafo único do referido artigo determina que também poderá ser decretada prisão preventiva em situações de descumprimento de qualquer das obrigações impostas por força de outras medidas cautelares.

São os requisitos da prisão preventiva um dos pontos que mais geram controvérsias no instituto das prisões cautelares, em especial no que diz respeito à constitucionalidade da prisão preventiva para garantia da ordem pública e da ordem econômica (sendo a primeira um dos principais fundamentos para a decretação de prisões preventivas).

O *fumus commissi delicti* ('fumaça da existência do delito') é requisito da prisão preventiva, no sentido de que se exige para sua decretação que haja "prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria". Além disso, existe o fundamento pelo *periculum libertatis*, ou seja, o perigo de decorrer do estado de liberdade do imputado. Esse perigo pode ocorrer, de acordo com o artigo 312 citado acima como o risco para a ordem pública, ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

A garantia da ordem econômica diria respeito à tranquilidade e harmonia da ordem econômica, pelo risco de reiteração de práticas que provoquem grandes perdas financeiras ou que tragam perigo à credibilidade do sistema financeiro. Essa fundamentação teve pouquíssima utilização no Judiciário. O fundamento da conveniência da instrução criminal diz respeito ao risco para instrução, no sentido da tutela da prova. E o fundamento para assegurar a aplicação da lei penal é para evitar que o imputado fuja, tornando inócua a sentença penal por impossibilidade de aplicação da pena, risco que não pode ser presumido, mas fundado em circunstâncias concretas.¹⁷¹

A garantia da ordem pública é, contudo, o fundamento mais utilizado, que apareceu em todos os casos analisados na pesquisa de jurisprudência no STF (todos os resultados da pesquisa sobre prisões cautelares também envolveram

¹⁷¹ Lopes Jr., Aury. *Prisões cautelares*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 94-95.

prisões preventivas). A questão é que a garantia da ordem pública é um conceito vago e indeterminado. Pode ser relacionado com um clamor público, com o que prejudica a tranquilidade na comunidade, por exemplo. De acordo com Geraldo Prado e Antonio Pedro Melchior, o conceito de ordem pública como fundamento para a prisão preventiva é articulável e de fácil manipulação autoritária.¹⁷²

Das onze (11) decisões analisadas que envolveram crimes de corrupção e discussões a respeito de prisões preventivas, em seis (6) as prisões foram mantidas e em cinco (5) se determinou a substituição por medidas cautelares alternativas. Uma das decisões tem a seguinte ementa:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE NOVO DECRETO DE PRISÃO QUE MANTÉM BASICAMENTE OS FUNDAMENTOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR ANTERIOR. PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDADO RECEIO DE REITERAÇÃO DELITIVA. INDÍCIOS DA PRÁTICA DE CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO QUANDO JÁ DEFLAGRADA A INVESTIGAÇÃO CONTRA O PACIENTE. ORDEM DENEGADA. (STF, 2ª Turma, Habeas Corpus 130.106, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento 23.02.2016, publicação 12.05.2016).

No caso acima, o *habeas corpus* foi impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça. O paciente foi preso preventivamente e depois denunciado. Então impetrou *habeas corpus* alegando ausência de fundamentação do decreto prisional. A Turma, por votação unânime, conheceu do *habeas corpus*, mas denegou a ordem, levando em conta que "Os fatos expostos nas decisões proferidas pelo magistrado de primeiro grau e na denúncia oferecida indicam a suposta prática de diversos crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro, inclusive em período recente, quando as condutas imputadas ao paciente já estavam sendo apuradas"¹⁷³, persistindo a necessidade de reguardar a ordem pública. Aqui, é possível perceber que o conceito genérico da garantia da ordem pública foi associado à reiteração delitiva.

¹⁷² PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da Lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM.*, Vol. 19, n. 223, 2011, p. 10.

¹⁷³ STF, 2ª Turma, Habeas Corpus 130.106, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento 23.02.2016, publicação 12.05.2016.

Outro caso analisado foi um proveniente da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, no âmbito da Operação Lava Jato, cujo paciente era Marcelo Bahia Odebrecht. Segue a ementa:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA. SUPERVENIÊNCIA DE NOVO DECRETO DE PRISÃO QUE MANTÉM BASICAMENTE OS FUNDAMENTOS DA CUSTÓDIA CAUTELAR ANTERIOR. PRESERVAÇÃO DA COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONVENIÊNCIA DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. PONDERADOS INDÍCIOS DE TENTATIVA DE DESTRUIÇÃO DE PROVAS, OBTENÇÃO DE APOIO POLÍTICO E CORRUPÇÃO DE SERVIDORES PÚBLICOS, COM O FIM DE OBSTRUIR AS INVESTIGAÇÕES. ORDEM DENEGADA (STF, 2ª Turma, Habeas Corpus 132.267, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento 26.04.2016, publicação 19.09.2016).

No caso acima, a garantia da ordem pública foi ligada à tutela das provas, tendo em vista os indícios de tentativa de destruição de provas e de obstrução das investigações. Outro caso em que a garantia da ordem pública foi utilizada como fundamento e a prisão preventiva mantida:

Agravo regimental de decisão que indeferiu pedido de extensão de liminar em *habeas corpus*. 2. Organização criminosa, crimes contra a ordem tributária, corrupção ativa e passiva, falsidade ideológica, prevaricação e lavagem de dinheiro. Operação Publicano. 3. Prisão preventiva suficientemente fundamentada. 4. Ausência de identidade fática e jurídica das situações dos agravantes com aquelas dos pacientes originários do presente *writ*. 5. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, 2ª Turma, Agravo Regimental na Segunda Extensão na Medida Cautelar no Habeas Corpus 131.002, Rel. Min. Gilmar Mendes julgamento 07.10.2016, publicação 28.10.2016).

A decisão acima é parte da Operação Publicano, na qual foi decretada prisão preventiva. Negou-se provimento, entendendo-se que a prisão preventiva foi suficientemente fundamentada. Ela teve sua fundamentação, além da garantia da ordem pública, nos riscos à instrução e à aplicação da lei penal. Segue a ementa de outra decisão:

Recurso ordinário em *habeas corpus*. Processual Penal. Crimes de fraude a licitação, lavagem de dinheiro e corrupção supostamente praticados, de forma reiterada, em prejuízo da administração pública municipal. Organização criminosa. Prisão preventiva (CPP, art. 312). Alegada falta de fundamentação. Não ocorrência. Título prisional devidamente fundamentado na garantia da ordem pública, em face das circunstâncias concretas da prática criminosa, as

quais indicam a real periculosidade do recorrente, apontado como líder da suposta organização criminosa. Necessidade de se interromper a atuação delituosa. Precedentes. Recurso não provido (STF, 2ª Turma, Recurso Ordinário em Habeas Corpus 138.937, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento 07.02.2017, publicação 03.03.2017).

Trata-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto contra acórdão do STJ. A defesa alegou falta de fundamentação para justificar a necessidade da prisão preventiva, defendendo a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, sendo o réu primário, detentor de bons antecedentes e residência fixa. Por unanimidade, contudo, negou-se provimento, com o entendimento de que

o decreto prisional apresenta fundamentos suficientes para justificar a constrição processual da liberdade do recorrente, uma vez que calcado em sua real periculosidade para a ordem pública, em face da gravidade dos crimes de fraude a licitação, lavagem de dinheiro e corrupção supostamente praticados em prejuízo à administração pública municipal, de forma reiterada, nos anos de 2013, 2014 e 2015, em um contexto fático de associação criminosa da qual o recorrente seria o líder.¹⁷⁴

Aqui, percebe-se que a fundamentação para a garantia da ordem pública foi relacionada com a gravidade dos tipos penais imputados ao réu (corrupção, fraude a licitação e lavagem de dinheiro) e a sua prática reiterada em um contexto de liderança em associação criminosa. Ainda, outro exemplo de utilização dessa fundamentação na decisão a seguir:

HABEAS CORPUS. “OPERAÇÃO LAMA ASFÁLTICA”. LAVAGEM DE DINHEIRO, PECULATO, CORRUPÇÃO, FRAUDE À LICITAÇÃO, OBTENÇÃO FRAUDULENTE DE FINANCIAMENTO EM ORGANIZAÇÃO FINANCEIRA, ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. DESTACADO MODO DE EXECUÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. ORDEM DENEGADA (STF, 1ª Turma, Habeas Corpus 143.247, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento 26.09.2017, publicação 25.04.2018).

Trata-se de caso da Operação Lava Asfáltica em que foi decretada prisão preventiva para garantia da ordem pública. Negou-se a ordem, com o entendimento pela gravidade concreta do delito, com fundamentação idônea, não se verificando constrangimento ilegal. Entendeu-se que “as razões apresentadas pelas instâncias antecedentes revelam ser imperiosa a

¹⁷⁴ STF, 2ª Turma, Recurso Ordinário em Habeas Corpus 138.937, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento 07.02.2017, publicação 03.03.2017.

necessidade de se garantir a ordem pública, evidenciada sobretudo diante de fatos concretos aos quais se atribuiu extrema gravidade e que revestem a conduta de remarcada reprovabilidade."¹⁷⁵ Mais um caso, portanto, em que a garantia da ordem pública foi relacionada com a gravidade e reprovabilidade da conduta imputada.

Por fim, outra decisão em que a prisão preventiva foi decretada para garantia da ordem pública e mantida pelo STF. Segue a ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIMES DE CORRUPÇÃO PASSIVA, DE SONEGAÇÃO OU INUTILIZAÇÃO DE LIVRO OU DOCUMENTO E DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

1. Contra a denegação de *habeas corpus* por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo *habeas corpus* em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional.
2. Prisão preventiva decretada forte na garantia da ordem pública, presentes as circunstâncias concretas reveladas nos autos. Precedentes.
3. Agravo regimental conhecido e não provido (STF, 1ª Turma, Agravo Regimental no Habeas Corpus 148.218, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento 24.11.2017, publicação 07.12.2017).

Aqui, o entendimento pela fundamentação na garantia da ordem pública foi, essencialmente, a alta gravidade dos atos praticados pelo imputado. Foi mantida a prisão preventiva pelo STF.

No restante dos casos analisados, a prisão preventiva foi convertida em medidas cautelares diversas da prisão, dispostas no artigo 319¹⁷⁶ do Código de

¹⁷⁵ STF, 1ª Turma, Habeas Corpus 143.247, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento 26.09.2017, publicação 25.04.2018.

¹⁷⁶ Artigo 319 do Código de Processo Penal: "São medidas cautelares diversas da prisão: I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos; VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

Processo Penal. Entre as medidas alternativas à prisão, tem-se o comparecimento periódico em juízo, proibição de frequência a determinados lugares, proibição de manter contato com determinada pessoa, proibição de se ausentar da Comarca, recolhimento domiciliar no período noturno, suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira e a monitoração eletrônica.

Nas decisões analisadas em que se entendeu pela conversão em medidas alternativas¹⁷⁷, originalmente a prisão preventiva também havia sido decretada para garantia da ordem pública.

O HC 137.728/PR foi um caso proveniente da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR, no âmbito da Operação Lava Jato. Foi decretada prisão preventiva para garantia da ordem pública e a defesa alega inidoneidade da fundamentação do decreto prisional. Entendeu-se que se trata de hipótese em que as medidas cautelares diversas da prisão são suficientes para conter o *periculum libertatis*. Foi concedida ordem para substituir a prisão preventiva do paciente por outras medidas cautelares, a serem estabelecidas pelo juízo de origem. Deve ser destacado que a defesa afirmou que buscava a análise do *habeas corpus* "de forma concreta, objetiva e alheia à figura pública que José Dirceu de Oliveira e Silva já teve".¹⁷⁸

Em outra decisão, fator relevante para revogação da prisão preventiva no voto do Relator é que "entre o suposto concerto de versões e a decretação da prisão preventiva, decorreu lapso temporal considerável – mais de ano. Não há notícia de que o investigado tenha adotado ulterior conduta para encobrir provas, além de eventualmente ter participado de reuniões"¹⁷⁹. Aqui, portanto, o lapso

¹⁷⁷ STF, 2ª Turma, Habeas Corpus 137.728, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento 02.05.2017, publicação 03.08.2017; STF, 2ª Turma, Habeas Corpus 143.247, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento 10.10.2017, publicação 07.02.2018; STF, 2ª Turma, Habeas Corpus 146.813, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento 10.10.2017, publicação 16.11.2017; STF, 2ª Turma, Habeas Corpus 147.192, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento 18.12.2017, publicação 22.02.2018; STF, 2ª Turma, Habeas Corpus 156.730, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento 26.06.2018, publicação 13.08.2018.

¹⁷⁸ STF, 2ª Turma, Habeas Corpus 137.728, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento 02.05.2017, publicação 03.08.2017.

¹⁷⁹ STF, 2ª Turma, Habeas Corpus 143.247, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento 10.10.2017, publicação 07.02.2018.

temporal deve papel relevante para a descaracterização da necessidade da prisão cautelar.¹⁸⁰

Ainda, em caso em que havia sido decretada a prisão preventiva para garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, a defesa argumentou que as decisões judiciais da origem limitam-se a descrever os ditos ilícitos imputados ao paciente (*fumus commissi delicti*), sem expor, de forma individualizada, de que maneira sua liberdade poderia ameaçar as investigações, a aplicação da lei penal ou a ordem pública, não evidenciando o *periculum libertatis*. A 2ª Turma do STF concedeu a ordem para revogar a prisão preventiva por medidas cautelares diversas da prisão. É importante destacar que o Relator afirmou que "os juízes não podem ceder à pressão do grupo de trêfegos e barulhentos procuradores, nem se curvar ao clamor popular. A liberdade é a regra no processo penal; a prisão, no curso dos processos, justifica-se em casos excepcionais, devidamente fundamentados, e a via do *habeas corpus* é o instrumento precípua desta tutela: a proteção da liberdade".¹⁸¹

Em outro caso em que houve a conversão em medidas alternativas à prisão, foi decretada prisão preventiva do paciente para garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, com fundamento nos artigos 312 e 313, inciso I, do Código de Processo Penal. A defesa impetrou *habeas corpus* buscando a revogação da prisão preventiva, por ausência de contemporaneidade, inexistência de elementos que corroborem a delação premiada feita, a ausência de indício de prática de delito, condições pessoais favoráveis ao paciente e possibilidade de substituição por cautelar diversa. Por maioria, foi concedida a ordem para substituir a prisão preventiva pelas seguintes medidas cautelares diversas da prisão: proibição de manter contato com os demais investigados e proibição de deixar o país. Inclusive, o Relator afirmou que não basta a mera explicitação textual dos requisitos do art. 312, sendo necessário que a alegação abstrata demonstre tais condições, sendo

¹⁸⁰ O lapso temporal também teve papel relevante em: STF, 2ª Turma, Habeas Corpus 147.192, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento 18.12.2017, publicação 22.02.2018.

¹⁸¹ STF, 2ª Turma, Habeas Corpus 146.813, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento 10.10.2017, publicação 16.11.2017.

excepcional a constrição da liberdade, exige a demonstração de elementos concretos, devidamente explicitados.¹⁸²

Dessa forma, pode-se perceber a larga utilização pelo Judiciário do fundamento da garantia da ordem pública para a decretação de prisão preventiva. O que é extremamente complexo, tendo em vista a imprecisão do conceito, como pode ser observado nas decisões citadas acima, sendo utilizada em diferentes situações de forma ampla para fundamentar a necessidade da prisão cautelar.

Na realidade, a própria existência das prisões cautelares possui uma frágil conciliação com o princípio de presunção de inocência. De acordo com Clara Maria Roman Borges, existe um debate entre dois discursos opostos, um que defende a extinção das prisões cautelares por violar a garantia constitucional da presunção de inocência e outro que prega a prisão cautelar como instituto fundamental na preservação da segurança e neutralização dos indivíduos considerados perigosos. Na prática, as prisões processuais correspondem a um verdadeiro cumprimento antecipado da pena. A diferença entre a prisão pena e prisão cautelar é apenas retórica. Afinal, as prisões processuais acabam gerando os mesmos efeitos que a prisão pena, antecipando seu cumprimento nas formas de prisão preventiva, temporária e em flagrante.¹⁸³

Eugenio Raúl Zaffaroni faz a crítica de que as prisões cautelares não seriam propriamente processuais, mas sim penais, tendo em vista que regulam o sistema penal que opera antes da condenação, não visando apenas assegurar o bom andamento da persecução penal, buscando a imposição da pena. Para ele, existe nisso o risco de se encobrir um considerável crescimento do poder punitivo.¹⁸⁴

Dessa forma, pode-se justificar a prisão cautelar somente em situações excepcionais, quando a liberdade do imputado gere um comprometimento ao desenvolvimento regular e eficácia da atividade processual. A sua total incompatibilidade com a presunção de inocência apenas não ocorreria quando

¹⁸² STF, 2ª Turma, *Habeas Corpus* 156.730, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento 26.06.2018, publicação 13.08.2018.

¹⁸³ BORGES, Clara Maria Roman. A prisão cautelar e a garantia fundamental da presunção de inocência. *Raízes Jurídicas*. Vol. 4, n. 2, 2008, p. 73-74, 82.

¹⁸⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 110-114.

decretada de forma excepcional, não sendo imposta como antecipação da pena.¹⁸⁵

Até mesmo porque, defender a impossibilidade da prisão cautelar corresponderia a um discurso simplista e descolado da realidade, uma vez que o próprio art. 5º da Constituição da República, que prevê a presunção de inocência em seu inciso LVII, admite a existência da prisão cautelar em seus incisos XLIII e XLIV, LXI, LXV e LXVI. Esses incisos preveem, respectivamente: que existem crimes que não admitem liberdade provisória mediante fiança; a possibilidade de prisão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade competente; que a prisão ilegal deve ser imediatamente relaxada pela autoridade judiciária; e a vedação da manutenção da prisão nos casos em que a lei admitir a liberdade provisória.

Como as prisões cautelares são uma realidade no processo penal até mesmo para possibilitar, em alguns casos, o bom andamento do processo (evitando que o imputado fuja e/ou protegendo o conjunto probatório, inclusive a integridade física de vítimas ou testemunhas, por exemplo), elas devem ser aceitas pelo sistema. Contudo, justamente por consistirem em uma relativização do princípio da presunção de inocência, devem ser sempre tratadas como exceção, dentro do limite legal, devendo ser sempre preteridas em relação às medidas cautelares alternativas à prisão.

O problema é que isso não ocorre na prática e muitas vezes as prisões cautelares são utilizadas como regra e não exceção, além de fundamentações superficiais e genéricas, como se pode observar em diversos casos em que se fundamenta a prisão preventiva na garantia da ordem pública. Em especial nos casos analisados em que o crime era de corrupção, as medidas alternativas poderiam ter sido consideradas suficientes para o bom andamento do processo.

2.3 VIOLAÇÕES DE GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS NOS CASOS DA CRIMINALIDADE TRADICIONAL

A pesquisa de jurisprudência realizada no âmbito do Supremo Tribunal Federal revelou algumas violações a garantias processuais penais previstas

¹⁸⁵ BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 129.

constitucionalmente que ocorrem na prática. Foram analisados processos envolvendo a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, a utilização de conduções coercitivas e prisões cautelares. Contudo, o recorte foi feito apenas nos crimes de corrupção ativa e passiva, considerados crimes de colarinho branco. Pode-se fazer o questionamento se essa mitigação de garantias, sob o pretexto do combate à corrupção, pode estar atingindo a criminalidade tradicional.

O conceito aqui adotado para a chamada criminalidade tradicional corresponde aos crimes que não estariam dentro da categoria de crimes de colarinho branco, em uma perspectiva ampla. Seriam, em sua maioria, os crimes praticados na rua, em que seus agentes não são dotados de alta respeitabilidade e status social, normalmente em um contexto de pobreza e consequência das desigualdades existentes na sociedade.

No que diz respeito ao cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, como já afirmado, o novo entendimento atinge a todos os condenados criminalmente. As manifestações das Defensorias Públicas dos Estados e da União¹⁸⁶, além das citadas taxas de sucesso em *habeas corpus* nos tribunais superiores demonstram que, ao contrário do que se poderia pensar, não apenas pessoas com condições mais elevadas têm possibilidade de terem recursos conhecidos no STJ e no STF¹⁸⁷, de forma que sua garantia de presunção de inocência também foi mitigada.

A alteração do entendimento do STF na matéria se deu em meio a um cenário de combate nacional à corrupção, inclusive sendo citado no voto do Ministro Luís Roberto Barroso que a possibilidade de recorrer em liberdade aproveita em especial os réus abastados, que teriam condições financeiras para contratar uma defesa mais qualificada que impetraria diversos recursos, evitando

¹⁸⁶ *Defensoria se posiciona no STF contra execução antecipada da pena*. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/3105-Defensoria-se-posiciona-no-STF-contra-execucao-antecipada-da-pena>>. Acesso em: 20 de nov. de 2018; *Defensor alerta no STF para alta taxa de reforma das sentenças de segundo grau*. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/noticias-categoria-especial/32788-defensor-alerta-no-stf-para-alta-taxa-de-reforma-das-sentencas-de-segundo-grau>>. Acesso em 20 de nov. de 2018.

¹⁸⁷ COSTA, Henrique Araújo; PAIXÃO, Ricardo Fernandes. *Quem mais vence HC no STF?* Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/quem-mais-vence-hc-no-stf-07122017>>. Acesso em 20 de nov. de 2018; FGV DIREITO RIO – *Centro Justiça e Sociedade 0 CJUS Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/radiografia-habeas-corpus.pdf>>. Acesso em 21 de nov. de 2018.

o início do cumprimento da pena.¹⁸⁸ Contudo, não são atingidos apenas os criminosos de colarinho branco.

Em relação às conduções coercitivas, é possível que não se tenha grande notícia de muitos casos em que foi aplicada quando se trata de criminalidade tradicional. Um dos principais motivos é o da grande utilização das prisões preventivas. Os indiciados e réus muitas vezes não são conduzidos coercitivamente para prestar depoimento porque já estão em privação de liberdade devido à aplicação de prisão cautelar, na prática muitas vezes como regra, e não exceção.

De acordo com dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) em 2017 revelam que, dos 654.372 presos no Brasil, 221.054, ou seja, 34%, eram presos provisórios. Entre os presos provisórios, 29% tiveram a eles imputada a prática de tráfico de drogas ou indução, instigação ou auxílio ao uso de drogas, 26% o crime de roubo, 13% o crime de homicídio, 8% crime do sistema nacional de armas, 7% furto e 4% receptação. Nenhum crime tipicamente associado ao rol de delitos de colarinho branco apareceu na pesquisa com valores significativos.¹⁸⁹

Isso revela que os tradicionais destinatários do sistema penal continuam sendo a maior parte daqueles com prisão cautelar decretada no país. Nesse sentido, ações que visem o enrijecimento e maior punitivismo no sistema de justiça penal, reforçando a prisão como regra, e não exceção (como a previsão legal indica), atingirá com maior peso a criminalidade tradicional.

Vêm se fortalecendo discursos sobre uma “bandidolatria” (sic.), condenando uma suposta mentalidade hegemônica no ambiente acadêmico por um humanismo que seria hipócrita, a favor de uma mentalidade criminosa e contra o trabalhador honesto. Atacando ainda a teoria garantista, que seria “atraente na teoria, mas que, na prática, garante mesmo apenas o crime e sua prosperidade”.¹⁹⁰

¹⁸⁸ STF, Pleno, *Habeas Corpus* 126.292, rel. Min. Teori Zavascki, julgamento 17.02.2016, publicação 17.05.2016.

¹⁸⁹ *Levantamento dos presos provisórios do país e plano de ação dos tribunais*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>>. Acesso em 22 de nov. de 2018.

¹⁹⁰ PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardin de. *Bandidolatria e democídio: ensaios sobre garantismo penal e a criminalidade no Brasil*. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2017, p. 36, 138.

Nesse sentido, percebe-se como um discurso para maior punição e combate à corrupção e à criminalidade econômica ou de colarinho branco em uma perspectiva ampla, atinge a criminalidade tradicional, não se restringindo a limitar direitos e garantias daqueles que podem arcar com uma suposta melhor defesa técnica e influência política e econômica.

Tendo em vista o cenário atual de grande atenção aos crimes econômicos, em especial ao crime de corrupção, e as violações a garantias processuais penais que estão ocorrendo, será feita uma análise da teoria do direito penal do inimigo desenvolvida por Günther Jakobs, para posteriormente verificar a possibilidade de associar a figura do corrupto com um inimigo no processo penal brasileiro.

3. O PROCESSO PENAL DO INIMIGO

Com a observação de relativizações e supressões de garantias processuais penais previstas na Constituição, como algumas das identificadas no capítulo anterior, surge a ideia sobre a existência de uma possível neutralização dos indivíduos considerados perigosos ou indesejáveis. Nesse contexto, pode-se fazer uma reflexão a respeito da teoria desenvolvida pelo penalista alemão Günther Jakobs.

Jakobs é considerado um dos mais respeitados e polêmicos juristas da modernidade, tendo idealizado o funcionalismo sistêmico com base na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, que interpreta a sociedade como um sistema. Resumidamente, a teoria de Luhmann interpreta a sociedade por meio da distinção entre sistema (interior) e meio (exterior). A partir de uma diferenciação, peculiar a cada sistema, existiria a concepção de identidade/não identidade que estabelece os limites entre o sistema e seu ambiente (ou seja, o que está fora do sistema). O sistema jurídico é diferenciado por sua estrutura, com o código operativo lícito/ilícito ou direito/não direito. É a diferenciação funcional decorrente da delimitação do sistema jurídico que possibilita escolhas racionais.¹⁹¹

De acordo com essa concepção, os contatos e interações geram expectativas diversas, asseguradas como condição de subsistência da ordem social.¹⁹² Jakobs, nesse contexto, defende que o direito penal tem como função principal a reafirmação da vigência da norma (e apenas indiretamente a de tutela dos bens jurídicos fundamentais). A pena, portanto, seria a autopreservação do sistema jurídico penal.¹⁹³

Apesar de serem diversos os aspectos da obra de Jakobs, o foco do presente trabalho é análise da sua chamada teoria do direito penal do inimigo (*Feindstrafrecht*). Ela já foi relacionada com o terrorismo, com o tráfico de drogas¹⁹⁴ e, no presente trabalho, objetiva-se verificar em que medida o ‘inimigo’

¹⁹¹ LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Madri: Trotta, 1998.

¹⁹² MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 159.

¹⁹³ SILVA, Kelly Cardoso da. *Direito penal do inimigo: aspectos jusfilosóficos e normativos*. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 80.

¹⁹⁴ CONDE, Francisco Muñoz. *Direito penal do inimigo*. Trad. Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012, p. 43.

pode ser identificado com a figura do corrupto no cenário brasileiro atual, em especial no que diz respeito aos seus aspectos processuais penais. Dessa forma, é necessário antes analisar sobre o que trata a teoria, para que seja feita uma reflexão a respeito da existência de um processo penal do inimigo.

3.1 A TEORIA DO DIREITO PENAL DO INIMIGO DE GÜNTHER JAKOBS

A teoria do direito penal do inimigo foi publicada pela primeira vez em 1985, após uma palestra proferida em um seminário em Frankfurt, adotando Jakobs uma postura descritiva sobre a teoria. O foco foi a criminalização de atos preparatórios para a prática de crimes e outras condutas que representavam um risco de dano. O direito penal do inimigo seria legítimo apenas como um direito penal de emergência¹⁹⁵ Já em 1999, Jakobs apresentou um conceito definitivo de direito penal do inimigo, defendendo de forma mais contundente uma tese legitimadora e justificadora da teoria, com maior publicidade para o seu trabalho.¹⁹⁶ Após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 ocorridos nos Estados Unidos, a teoria ganhou ainda mais visibilidade.

A teoria de Jakobs ganhou nova feição, segundo o autor, tendo em vista que as alterações no cenário mundial fizeram com que o modelo tradicional não fosse mais capaz de satisfazer as demandas públicas por segurança. Medidas especiais seriam necessárias para neutralizar os indivíduos que se colocariam na posição de inimigos com a sua fundamental falta de motivação para seguir as normas.¹⁹⁷

No livro *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*, Günther Jakobs e Manuel Cancio Meliá trazem reflexões a respeito de um direito penal do inimigo. Contudo, suas posições de distanciam de forma considerável, não propriamente no diagnóstico do cenário, mas nas consequências ou naquilo que se deve postular. Dessa forma, quando aqui se referir à teoria do direito penal do inimigo

¹⁹⁵ OHANA, Daniel. Günther Jakobs's Feindstrafrecht: a dispassionate account. In: DUBBER, Markus D. (org.). *Foundational texts in modern criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 354-355.

¹⁹⁶ SILVA, Kelly Cardoso da. *Direito penal do inimigo: aspectos jusfilosóficos e normativos*. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 80-81.

¹⁹⁷ OHANA, Daniel. Günther Jakobs's Feindstrafrecht: a dispassionate account. In: DUBBER, Markus D. (org.). *Foundational texts in modern criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2014 p. 355.

com citação a essa obra, será a respeito das concepções desenvolvidas por Jakobs que se estará se referindo. A menção explícita ao trabalho de Meliá será feita quando for o caso.

Jakobs realiza uma distinção entre os chamados direito penal do cidadão e direito penal do inimigo. O primeiro corresponde ao processamento de um fato delitivo cotidiano “que provoca pouco mais que tédio”¹⁹⁸, sendo concedidos no processo penal os direitos do acusado cidadão. Segundo o autor, não seriam duas esferas isoladas do direito penal contrapostas, mas dois polos de um só mundo ou duas tendências opostas pertencentes a um só contexto jurídico-penal. Dessa forma, é possível que esses dois direitos, ou tendências, sobreponham-se.

Isso significa que algumas normas se dirigiriam para os cidadãos, enquanto outras seriam pensadas para indivíduos potencialmente perigosos, identificados como inimigos. Nesse último caso, as sanções não teriam um foco retrospectivo, de punir atos passados, mas prospectivo, de prevenir contra danos futuros. Primeiramente, o direito penal para esse inimigo teria como característica estar presente antes que um delito de fato ocorra; em segundo lugar, teria uma sanção extremamente severa; e em terceiro lugar, direitos processuais seriam suprimidos, como se explicará na sequência.¹⁹⁹

Jakobs traz algumas reflexões sobre a pena. Ela seria uma coação, que carregaria o significado de uma resposta ao fato. Esse fato, sendo um ato de uma pessoa racional, corresponderia a uma desautorização da norma. E a pena significaria que a afirmação do autor é irrelevante, e que a norma seguiria em vigência sem modificações, com a manutenção da configuração da sociedade. Dessa forma, o fato e a coação penal seriam meios de interação simbólica, sendo o autor considerado como pessoa (afinal, se fosse incapaz, não haveria a necessidade de negar seu ato).²⁰⁰

¹⁹⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 21.

¹⁹⁹ Díez, Carlos Gómez-Jara. Enemy combatants versus enemy criminal law: an introduction to the European debate regarding enemy criminal law and its relevance to the Anglo-American discussion on the legal status of unlawful enemy combatants. *New Criminal Law Review*. Vol. 11, n. 4, 2008.

²⁰⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 22.

Contudo, segundo o autor, a pena não apenas significa algo, mas também produz algo fisicamente. A coação pretenderia ser efetiva, não se dirigindo contra uma pessoa em direito, mas contra um indivíduo perigoso. Isso seria mais facilmente perceptível quando se pensa na prevenção provocada por uma pena privativa de liberdade, já que o preso não pode cometer delitos fora da penitenciária.²⁰¹

Dessa forma, a pena teria uma função não somente contemplando retrospectivamente o passado que foi submetido a juízo, mas também se dirigindo ao futuro, prevenindo contra uma tendência perigosa. Aqui, pode-se fazer uma reflexão especial em relação ao direito penal do inimigo.

Assim, percebe-se que a proposta de Jakobs se baseia em uma prevenção geral positiva na qual o Estado reforça a fidelidade dos cidadãos à ordem constituída, com o objetivo de promover integração entre todos os cidadãos. Nesse contexto, a pena seria um fator de estabilização social, o que reafirma solidariedade entre os cidadãos contra os desviantes.²⁰²

Francisco Muñoz Conde faz uma crítica em relação ao efeito preventivo que deveria ter o direito penal do inimigo na contenção ou redução dos níveis de criminalidade, sendo sua finalidade a segurança cognitiva e não somente normativa. Isso porque, terroristas, narcotraficantes ou membros de associações mafiosas não se sentiriam ameaçados por esse direito penal especial sem garantias. Afinal, o próprio Estado que já os exclui e os desqualifica como pessoas pode, assim, legitimar os seus ataques a esse Estado.²⁰³

Para Jakobs, o direito seria um vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, enquanto que a relação com um inimigo não seria determinada pelo direito, mas pela coação. Contudo, todo o direito estaria vinculado à autorização para empregar coação, sendo a coação mais intensa aquela existente no direito penal. Por isso, seria possível trazer o argumento de que qualquer pena seria dirigida a um inimigo. Não é a opinião de Jakobs, contudo.

²⁰¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 22.

²⁰² FRANÇA, Leandro Ayres. *Inimigo ou inconveniência de existir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 385.

²⁰³ CONDE, Francisco Muñoz. *Direito penal do inimigo*. Trad. Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012, p. 73.

Segundo Jakobs, a princípio, um ordenamento jurídico deve manter dentro do direito também o criminoso. Isso porque, ele tem direito a se ajustar com a sociedade, sendo que para isso, necessita manter seu status de pessoa, de cidadão, de forma a continuar fazendo parte do direito. Além disso, existe o dever do criminoso de proceder à reparação, tendo esses deveres como pressuposto a existência de personalidade, de forma que ele não pode se despedir arbitrariamente da sociedade por meio de seu ato.²⁰⁴

Jakobs traz, então a seguinte distinção: o direito penal do cidadão seria o direito penal de todos; e o direito penal do inimigo seria aquele constituído contra o inimigo (“frente ao inimigo, é só coação física, até chegar à guerra”²⁰⁵). Existe a possibilidade de limitação dessa coação, contudo, porque o Estado não excluirá necessariamente o inimigo de todos os direitos. Além disso, o Estado não necessitaria fazê-lo, podendo se conter para não acabar com as possibilidades de um acordo de paz.

Haveria, de acordo com Eugenio Raúl Zaffaroni, uma espécie de quarentena penal do inimigo. Isso porque, os inimigos, considerados não-pessoas, estariam confinados em um compartimento estanque do direito penal, de forma que o resto continuaria funcionando conforme os princípios do direito penal liberal.²⁰⁶

Nesse sentido, enquanto o direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o direito penal do inimigo combate perigos. Contudo, Jakobs não afirma existir uma dicotomia perfeita, aceitando a existência de múltiplas formas intermediárias entre esses dois tipos de direito penal.²⁰⁷

Desse modo, o Estado poderia agir de duas formas distintas com os delinquentes: tratá-los como indivíduos que infringiram uma norma imposta, mas sem se afastar de forma duradoura do ordenamento; ou como indivíduos com

²⁰⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 25-26.

²⁰⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 28.

²⁰⁶ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 156.

²⁰⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 29.

alta periculosidade que devem ser impedidos de aniquilar o ordenamento jurídico mediante coação.²⁰⁸

O inimigo pode ser definido como um ator cujo comportamento sugere que ele desviou de forma durável do caminho da lei e que ele não pode mais fornecer uma garantia mínima de que ele agirá conforme um cidadão que cumpre a lei.²⁰⁹

Além disso, o inimigo representa uma fonte de perigo, por isso é despersonalizado pelo direito, com o objetivo de combater determinado tipo de delinquência. Contudo, o distanciamento do direito não ocorre acidentalmente, mas é algo duradouro, reflexo dos padrões impostos pela sociedade de comportamento pessoal, profissão e condições econômicas. A atribuição do conceito de pessoa advém, segundo Luiz Regis Prado, do “grau de satisfação das expectativas normativas que esse indivíduo é capaz de prestar”²¹⁰.

De acordo com Jakobs, existiriam algumas legislações de luta. Ele cita como exemplo aquela que diz respeito à criminalidade econômica, ao terrorismo e à criminalidade organizada. Nesses casos, haveria o objetivo de combater indivíduos que em seu comportamento, em sua vida econômica ou por sua incorporação a uma organização, foram afastados do direito. Isso significa que esses indivíduos não seriam detentores de garantias mínimas necessárias a um tratamento como pessoa.²¹¹

Dessa forma, não se trataria, no direito penal do inimigo, da compensação de um dano à vigência da norma, mas sim da eliminação de um perigo. Assim, a punibilidade avança para o âmbito da preparação, sendo que a pena seria dirigida no sentido da segurança em relação a fatos futuros, não correspondendo a uma sanção por fatos cometidos.

Para Jakobs, “um indivíduo que não admite ser obrigado a entrar em um estado de cidadania não pode participar dos benefícios do conceito de

²⁰⁸ SILVA, Kelly Cardoso da. *Direito penal do inimigo: aspectos jusfilosóficos e normativos*. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 86.

²⁰⁹ OHANA, Daniel. Günther Jakobs's Feindstrafrecht: a dispassionate account. In: DUBBER, Markus D. (org.). *Foundational texts in modern criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 355.

²¹⁰ PRADO, Luiz Regis. *Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo: uma palavra*. Disponível em: <http://www.professorluizregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/garantismo%20e%20direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em 22 de nov. de 2018.

²¹¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 33-34.

pessoa”.²¹² Ele cita, então, o exemplo dos atentados ocorridos em 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos. Segundo o autor, já seria difícil tratar o autor por tendência como delinquente de caráter cotidiano, como pessoa que agiu erroneamente, sem tratá-lo como indivíduo perigoso.

Existiria, de acordo com Jakobs, uma necessidade de reação em relação ao perigo que emanaria da conduta desses indivíduos, que seria reiteradamente contrária à norma. O ápice dessa situação poderia ser percebido com a figura do terrorista. Esse seria aquele que rechaça, por princípio, a legitimidade do ordenamento jurídico, por isso buscaria a destruição dessa ordem.²¹³

Essa exclusão dos inimigos ocorreria, segundo o autor, com algumas características, como a ampla antecipação da punibilidade, a falta de uma redução da pena proporcional ao adiantamento da punibilidade, e a alteração da legislação de direito penal para legislação de luta visando o combate à delinquência.²¹⁴

Assim, essa proposta dependeria da existência de uma ameaça que pudesse colocar em risco o Estado Democrático de Direito, chegando ao ponto de ser necessária a exceção de seus fundamentos básicos visando a sua preservação. Elemento imprescindível que poderia ser identificado em ameaças terroristas, em especial após os atentados de 11 de setembro de 2001.²¹⁵

Jakobs traz a indagação de se a fixação estrita e exclusiva em relação à categoria do delito não colocaria uma atadura no Estado, com a necessidade de respeitar o autor como pessoa. Ainda, “quem inclui o inimigo no conceito de delinquente-cidadão não deve assombrar-se quando se misturam os conceitos de guerra e processo penal”.²¹⁶

O autor entende que não havendo a intenção de privar o direito penal do cidadão de suas qualidades que dizem respeito à concepção de Estado de Direito, respeitando-se a personalidade do delinquente no processo penal, por

²¹² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 35.

²¹³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 35.

²¹⁴ JAKOBS, Günther. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 55-57.

²¹⁵ DIETER, Maurício Stegemann. "O direito penal do inimigo" e "a controvérsia". *Revista de Estudos Criminais*. Vol. 9, n. 32, 2009, p. 139.

²¹⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 35-36.

exemplo, deveria chamar de uma maneira diferente aquilo que “tem que ser feito contra os terroristas, se não se quer sucumbir, isto é, deveria chamar Direito Penal do inimigo, guerra contida”.²¹⁷

Desse modo, Jakobs reforça que o direito penal teria dois polos ou tendências em suas regulações: o tratamento como cidadão, esperando-se que a conduta seja exteriorizada para então haver uma reação, visando confirmar a estrutura normativa da sociedade; e, de outro lado, o tratamento como inimigo, sendo ele interceptado ainda no estado prévio, como objetivo de combater a sua periculosidade. Enquanto o primeiro poderia ser o tratamento dado a um homicida, processado por sua autoria individual, o segundo poderia ser dado a um chefe de uma organização terrorista.²¹⁸

Chega-se, então, à conclusão de que, de acordo com a teoria de Jakobs, o Estado pode proceder de duas formas com os delinquentes: vê-los como pessoas que delinquem, que cometeram um erro, ou como indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, por meio de coação. Para o autor, as duas perspectivas seriam legítimas, mas poderiam ser utilizadas em situações equivocadas.

Tanto o direito penal do cidadão quanto o direito penal do inimigo, de acordo com a teoria de Jakobs, seriam tipos ideais, que podem se manifestar de diferentes formas e com diversos níveis de intensidade em tempos e ordenamentos jurídicos diferentes.²¹⁹

Na visão de Jakobs, aquele que não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não apenas não pode esperar ser tratado como pessoa, como o Estado não deveria tratá-lo assim. Isso porque, do contrário, o direito à segurança do restante da população ficaria vulnerável. Aqui, o autor afirma ser equivocado demonizar o direito penal do inimigo, porque os próprios indivíduos não permitiriam a sua inclusão em uma Constituição cidadã.²²⁰

²¹⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 36.

²¹⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 36.

²¹⁹ OHANA, Daniel. Günther Jakobs's Feindstrafrecht: a dispassionate account. In: DUBBER, Markus D. (org.). *Foundational texts in modern criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 356.

²²⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 40.

Contudo, Jakobs faz a ressalva de que nem todo delinquente seria um adversário do ordenamento jurídico. Assim, a introdução de fragmentos do direito penal do inimigo no direito penal geral seria maléfica, tendo em vista o Estado de Direito. Esse direito penal do inimigo supérfluo seria mais danoso para o Estado de Direito do que a existência de duas formas de direito. O que ocorreria na prática, contudo, é um entrelaçamento do direito penal do cidadão com o direito penal do inimigo nos ordenamentos jurídicos.²²¹

Para Jakobs, apenas seria pessoa aquele que oferecesse uma garantia cognitiva suficiente de um comportamento pessoal. Isso porque, existiria a ideia de que toda normatividade precisaria de uma base cognitiva para poder ser real. Ainda, quando se trata de inimigos perigosos, não seria o caso de ser aplicada uma pena contra pessoas culpáveis, mas sim do direito penal do inimigo.

Sendo a teoria de Jakobs pautada na teoria dos sistemas sociais, a pessoa existiria em função de sua relação social. Assim, os inimigos não seriam pessoas. Apenas poderia ser considerado pessoa aquele que ofereça uma garantia cognitiva satisfatória de um comportamento pessoal. Se a garantia não existir, o direito penal se transformaria em uma reação da sociedade contra um inimigo. Quando o indivíduo não aceitar entrar no estado de cidadania por meio dessa garantia, ele não pode ter os seus benefícios.²²²

Desse modo, conclui-se que, de acordo com a teoria desenvolvida pelo penalista alemão, a função da pena no direito penal do cidadão seria a de contradição, enquanto no direito penal do inimigo seria a de eliminação de um perigo. Contudo, os tipos ideais dificilmente existem em uma forma pura, e os dois tipos podem, para Jakobs, ser legítimos.

Nessa concepção, quem, por princípio, age de modo desviado, não ofereceria garantia de um comportamento pessoal e, por isso, não poderia ser tratado como cidadão, mas sim combatido como inimigo. Essa guerra seria um direito legítimo dos cidadãos, devido ao seu direito à segurança. Assim, o inimigo não seria propriamente apenado, mas seria excluído.

²²¹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 41-42.

²²² SILVA, Kelly Cardoso da. *Direito penal do inimigo: aspectos jusfilosóficos e normativos*. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 81-82.

Jakobs defende que um direito penal do inimigo, claramente delimitado, seria menos perigoso, tendo em vista o Estado de Direito, do que trazer fragmentos de regulações próprias do direito penal do inimigo para entrelaçar todo o direito penal.

Para Jakobs, o direito penal dirigido especialmente contra terroristas possui mais comprometimento com a garantia da segurança do que com a manutenção da vigência do ordenamento jurídico. Assim, o direito penal do cidadão e a garantia da vigência do direito se convertem no direito penal do inimigo, com a defesa frente a um risco, em uma luta contra inimigos.²²³

No que diz respeito à legitimidade de um direito penal do inimigo, Jakobs faz a ressalva de que ele deve ser limitado ao necessário. Isso significaria privar o direito à liberdade de conduta (e aqui ele usa o exemplo do terrorista). Nesse contexto, a exclusão do terrorista seria a autoexclusão, cuja pena teria como objetivo uma prevenção geral negativa, sendo utilizado como exemplo, para intimidar outros possíveis autores. Aqui, a pena não visa apenas a periculosidade do agente, mas a tendência delitiva de outras pessoas. “Em outras palavras: quando é tratado não como pessoa potencial, mas sim como parte do coletivo dos inimigos”.²²⁴

Conforme afirma Francisco Muñoz Conde, o direito penal do inimigo não é uma invenção de Jakobs, mas uma realidade evidente e uma ameaça preocupante. Não se nega a existência de um direito penal do inimigo, mas se questiona a sua compatibilidade com o sistema do Estado de Direito e o respeito aos direitos fundamentais. Afinal, admitindo exceções no sistema, admite-se também toda a sua quebra.²²⁵

De acordo com Manuel Cancio Meliá, em sua obra em conjunto com Jakobs, a política criminal recente tem, entre suas características principais, a expansão do direito penal. Tanto o direito penal material, quanto o direito penal processual, têm como tendência em seu horizonte político-criminal, traços de um

²²³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 61-62.

²²⁴ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 68-69.

²²⁵ CONDE, Francisco Muñoz. *Direito penal do inimigo*. Trad. Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012, p. 28.

direito penal da colocação em risco de características antiliberais. Percebe-se, nesse contexto, uma crise do Estado Social em matéria criminal.²²⁶

A evolução político-criminal atual revela o desenvolvimento do direito penal simbólico e de um ressurgimento do punitivismo. Segundo Meliá, tanto o direito penal simbólico quanto o punitivismo fariam parte do direito penal do inimigo. Este, inclusive, seria um descendente do direito penal simbólico, que não apenas identifica um determinado fato, mas sobretudo um específico tipo de autor. No que diz respeito ao clima punitivista, haveria um incremento qualitativo e quantitativo do alcance da criminalização como critério político-criminal.²²⁷

O direito penal do inimigo de Jakobs é caracterizado por três elementos: um amplo adiantamento da punibilidade, com a perspectiva do ordenamento jurídico-penal prospectiva (sendo o ponto de referência o fato futuro, ao invés do habitual ponto sendo o fato cometido); penas desproporcionalmente altas; relativização e supressão de determinadas garantias processuais.

De forma equivalente, Silva Sánchez, na Espanha, incorpora o fenômeno do direito penal do inimigo. Para Sánchez, haveria diferentes velocidades no ordenamento jurídico penal. A primeira velocidade seria aquela na qual se impõem penas privativas de liberdade, e que devem ser respeitados os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos. A segunda velocidade seria relacionada às infrações para as quais apenas se impõem penas pecuniárias ou restritivas de direito, cabendo flexibilizar de forma proporcional os princípios e regras clássicos, tendo em vista a menor gravidade das sanções. Já a terceira velocidade corresponderia ao direito penal do inimigo, em que coexistiriam a imposição de penas privativas de liberdade e a flexibilização dos princípios político-criminais e as regras de imputação.²²⁸

Meliá se posiciona de forma contrária à teoria do direito penal do inimigo. Não deveria haver um direito penal do inimigo por ser politicamente errôneo ou inconstitucional. Além disso, não contribuiria para a prevenção de delitos. E, do

²²⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 75-77.

²²⁷ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 77, 81, 82, 88.

²²⁸ SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2 ed. Madri: Edisofer, 2001, p. 159-163.

ponto de vista interno ao sistema jurídico-penal, o direito penal do inimigo, faticamente existente, integraria o conceito de direito penal.²²⁹

Segundo Meliá, o direito penal do inimigo não estabiliza normas, em uma concepção de prevenção geral positiva, mas demoniza e exclui determinados grupos de infratores. Dessa forma, o direito penal do inimigo não seria um direito penal do fato, mas do autor. Há, portanto, uma incompatibilidade do direito penal do inimigo com o princípio do direito penal do fato. Este é um princípio genuinamente liberal, segundo o qual devem ser excluídos da responsabilidade jurídico-penal os simples pensamentos, sem se orientar na atitude interna do autor, havendo a necessidade estrutural de um fato como conteúdo central do tipo penal. Incompatível, assim, com o direito penal do inimigo.²³⁰

O direito penal do inimigo, de acordo com Muñoz Conde, aproxima-se muito do direito penal do autor. Nele, o relevante não é o fato delitivo cometido, mas sim a perversão, inclinação ou tendência ao delito, ou a periculosidade criminal do autor.²³¹

Dessa forma, Meliá conclui que o direito penal do inimigo é incompatível com a teoria da prevenção geral positiva, sendo que nela a pena cumpre uma função divergente e não compatível com o elemento essencial da culpabilidade. Assim, o direito penal do inimigo é de forma estrutural um direito penal do autor.²³²

Para Muñoz Conde, a teoria de Jakobs do direito penal do inimigo seria uma construção valorativamente ambígua, sendo válida tanto para um sistema democrático quanto para um sistema totalitário. A manutenção a todo custo de qualquer que seja o sistema seria a única coisa que pareceria ter importância. Ainda, pode-se questionar quem define o inimigo e como seria definido, o que a teoria de Jakobs não responderia satisfatoriamente.²³³

²²⁹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 98-100.

²³⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 101, 107-109.

²³¹ CONDE, Francisco Muñoz. *Direito penal do inimigo*. Trad. Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012, p. 41.

²³² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 110-111.

²³³ CONDE, Francisco Muñoz. *Direito penal do inimigo*. Trad. Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012, p. 66-67.

São diversas as críticas que podem ser feitas à teoria do direito penal do inimigo. Como afirma Eugenio Raúl Zaffaroni, a partir do momento em que o poder público confisca a vítima com a existência de um direito penal, há um constante exercício de um poder de vigilância controladora sobre toda a sociedade, em especial sobre os que se supõe serem prejudiciais para a hierarquização social. Os perigosos ou inimigos foram, então, submetidos a um sistema penal paralelo.²³⁴

Ainda, quando os destinatários do tratamento diferenciado, os inimigos, são pessoas não claramente identificáveis, mas indivíduos confundidos com o restante da população, apenas uma investigação policial ou judicial poderia identificar esses destinatários. Nesse caso, um tratamento diferenciado para eles significa a limitação de garantias e liberdades pelo Estado atingindo todos os cidadãos visando identificar e conter os inimigos.

Como exemplo, a permissão para investigar as comunicações privadas com o objetivo de individualizar os inimigos faz com que a intimidade de todos os indivíduos seja afetada. Afinal, essa investigação inclui as comunicações de diversas pessoas que não são inimigos. Todos os cidadãos são colocados em risco de serem indevidamente processados e condenados como supostos inimigos quando garantias processuais penais são limitadas.²³⁵

Desse modo, a admissão de um tratamento penal e processual penal diferenciado para inimigos que não são passíveis de serem identificados sem qualquer investigação faz com que haja um controle social mais autoritário sobre toda a população. Além disso, impõem-se limitações à liberdade de todos, existindo ainda o risco de uma identificação equivocada, condenando e aplicando penas a inocentes.²³⁶

No contexto da teoria do direito penal do inimigo, Jakobs discorre sobre dois conceitos que fariam parte de todos os ordenamentos jurídicos: o conceito de coerção legal e os pré-requisitos específicos da capacidade de orientação normativa. Na coerção legal, permite-se ou requer-se tratar o ser a sofrer a

²³⁴ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 31, 54.

²³⁵ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 117.

²³⁶ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 118.

coerção como parte da natureza, e não como uma pessoa; a coerção despersonalizaria aquele a quem é aplicada a coerção.²³⁷

Um dos argumentos contra a perda do status de pessoa seria o que, segundo Jakobs, seria o de que a perda corresponderia a uma violação à dignidade da pessoa humana. Contudo, o autor destaca que negar aquele que é passível de coerção a capacidade de diminuir ele próprio o seu status de pessoa de direito, não levaria o indivíduo a sério como pessoa.²³⁸

Sobre a capacidade de orientação normativa, Jakobs afirma que a lei não deveria ser somente uma mera questão conceitual, mas deveria orientar a vida diária dos indivíduos. Instituições legais deveriam ter uma base cognitiva, de forma que a pessoa possa se orientar de acordo com elas. Aquele indivíduo que tem seu status de pessoa suspenso, ignora as condições de realidade do direito e assim dizimaria a lei. Ele não daria a mínima segurança cognitiva de comportamento pessoal, demonstrando esse déficit pelo seu comportamento.²³⁹

De acordo com Zaffaroni, a redução de garantias de toda a população frente ao aparato repressivo estatal, com a imposição de controles, limitações e consequentemente eventuais aplicações indevidas de penas pode vir com uma pretensa e muito duvidosa eficácia da empresa humanitária do poder punitivo. Este, que declara perseguir somente a neutralização do risco da emergência do momento.²⁴⁰

Ainda, para Zaffaroni, o vocabulário, ao utilizar as expressões ‘inimigo’ e ‘não pessoa’, seria o que despertou tanta polêmica, e seria também o melhor acerto de Jakobs. Assim, ele teria desnudado o fenômeno, tornando explícito o conceito de inimigo ou de estranho e o caráter de não pessoa, com clareza e sinceridade. Dessa forma, além de não empregar a terminologia do direito penal tradicional para ocultar o que ele chamou de direito penal do inimigo, contextualizou a sua proposta com o combate ao terrorismo.²⁴¹

²³⁷ JAKOBS, Günther. On the theory of enemy criminal law. In: DUBBER, Markus D. (coord.). *Foundational texts in modern criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 415-416.

²³⁸ JAKOBS, Günther. On the theory of enemy criminal law. In: DUBBER, Markus D. (coord.). *Foundational texts in modern criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 417.

²³⁹ JAKOBS, Günther. On the theory of enemy criminal law. In: DUBBER, Markus D. (coord.). *Foundational texts in modern criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 417-418.

²⁴⁰ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 118.

²⁴¹ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 158.

Na realidade, a proposta de Jakobs, segundo Zaffaroni, seria de boa-fé quanto ao futuro do Estado constitucional de Direito. Isso porque, ele propõe habilitar o poder punitivo na forma de mera contenção para não pessoas (os indivíduos perigosos), imaginando assim impedir que todo o direito penal fosse contaminando e se afastasse do inimigo, de maneira que todo o poder punitivo fosse exercido sem limitações. Permitiria essa distinção, então, que as duas formas ocorressem no marco do Estado de Direito.

Nesse contexto, é relevante citar brevemente a teoria de Carl Schmitt, que fez a contraposição amigo e inimigo. Para Schmitt, o inimigo corresponderia a uma totalidade de homens ao menos eventualmente combatente a que se contrapõe um grupo semelhante. O inimigo seria somente o inimigo público, porque tudo aquilo que possui relação com todo um povo seria público. Para Schmitt, seria inclusive falsa uma invocação de humanidade, porque qualquer limite ao poder do soberano frente ao inimigo acabaria com o próprio conceito de inimigo, debilitaria o Estado e o impediria de garantir a paz entre os cidadãos.²⁴²

A teoria de Jakobs não possui relação com a de Schmitt. Contudo, é importante destacar que ela não leva em consideração o ponto acertado por Schmitt de que o conceito jurídico de inimigo apenas seria admissível em um Estado absoluto. A tática de contenção de Jakobs não se inspira nas ideias de Schmitt, não existe uma opção reacionária pelo Estado absoluto como se extrai da antítese amigo/inimigo (utilizada como fundamento teórico para o nazismo). A questão é que a teoria de Jakobs introduz elementos próprios do Estado absoluto dentro do Estado de direito. Segundo Zaffaroni, “não há nada capaz de impedir que o Estado no qual se introduz o conceito de inimigo acabe em Estado absoluto”.²⁴³

Ao contrário do que prega a teoria de Jakobs, independentemente da gravidade da conduta do agente, ele deve ser punido criminalmente como um indivíduo transgressor da norma penal, e não como um inimigo do Estado e da sociedade. A excepcionalidade não pode ser aceita em um direito penal e processual penal constitucionais. Para se ter um direito penal legítimo, devem

²⁴² SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Lisboa: Edições 70, 2015, p. 55-56.

²⁴³ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 160-161.

ser preservadas as garantias constitucionais. Até mesmo porque, a relativização e supressão de garantias constitucionais despersonalizam o ser humano, fomentam o terror, a repressão de ideias e de um grupo de indivíduos, ao invés de reprimir fatos e condutas, propriamente, funcionando como um verdadeiro direito penal do autor.²⁴⁴

3.2 ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS DA TEORIA DE GÜNTHER JAKOBS

Tendo visto algumas características principais da teoria do direito penal do inimigo desenvolvida por Günther Jakobs, é importante verificar quais aspectos relativos ao direito processual penal podem ser identificados no contexto da teoria.

Conforme afirma Jakobs, “as tendências contrárias presentes no Direito material – contradição *versus* neutralização de perigos – encontram situações paralelas no Direito processual”.²⁴⁵ A polarização novamente aparece para ele no direito processual. O autor traça, então, um esboço a respeito do direito processual penal.

No âmbito do direito penal do inimigo, existe uma maior repressão para aqueles que não estariam na categoria de pessoa ou de cidadão, cujas consequências também atingem o processo penal, a partir da desconsideração de determinadas garantias processuais. Afinal, o inimigo não estaria na categoria de pessoa, não sendo detentor de direitos e garantias previstas em um direito penal do cidadão.

O imputado, normalmente denominado sujeito processual, possui direitos no âmbito do processo como o direito à tutela judicial, o direito a solicitar a prática de provas, de assistir aos interrogatórios e não ser coagido. Além disso, haveriam algumas formas de coação do sujeito processual, como a prisão preventiva, que representa uma coação física, sendo obrigado a assistir ao processo mediante seu encarceramento.

²⁴⁴ CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. Prólogo III. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 15-16.

²⁴⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 47.

Para Jakobs, a coação física empregada com a prisão preventiva não se dirigiria contra a pessoa em direito, que não ocultaria provas ou fugiria, mas contra o indivíduo que coloca em perigo a tramitação ordinária do processo, o inimigo.²⁴⁶ Dessa forma, percebe-se que, para o autor, a prisão preventiva seria uma medida empregada no âmbito do direito penal do inimigo, e não do direito penal do cidadão.

As tendências contrárias da teoria do direito penal do inimigo presentes no direito material (contradição *versus* neutralização de perigos), encontram situações paralelas no direito processual. Como exemplo, a intervenção nas telecomunicações, as investigações secretas e intervenção de agentes infiltrados são medidas de um direito penal de enfrentamento, de guerra contra o inimigo ou, ao menos, um modelo diverso do clássico direito penal e processual penal garantista.²⁴⁷

São citadas também outras coações que se dirigiriam ao inimigo, e não à pessoa em direito, como as medidas de supervisão desconhecidas pelo imputado no momento de sua execução pelo fato de que as medidas apenas funcionariam enquanto ele não as conheça. Aqui, Jakobs cita o exemplo da intervenção nas telecomunicações, outras investigações secretas e intervenções de agentes infiltrados. Nesse contexto, o Estado eliminaria direitos de modo juridicamente ordenado.²⁴⁸

Da mesma forma como ocorre no direito material, segundo Jakobs, as normas mais extremas do processo penal do inimigo se dirigiriam à eliminação de riscos terroristas. Nesse contexto, o foco seria a incomunicabilidade, ou seja, a eliminação da possibilidade de um preso entrar em contato com o seu defensor, visando evitar riscos para a vida, integridade física ou liberdade de uma pessoa. Em casos extremos, como após o ocorrido em 11 de setembro de 2001, é um processo judicial próprio, chamado de procedimento de guerra.²⁴⁹

²⁴⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 38.

²⁴⁷ MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2011, p. 204.

²⁴⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 38.

²⁴⁹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 38-39.

Um direito processual penal para o inimigo não apenas se volta para a averiguação de fatos passados, mas em especial para a prevenção de atos delitivos posteriores. Dessa forma, a prisão preventiva teria como principal função evitar o perigo de reiteração delitiva, sendo uma defesa com relação a riscos de forma jurídico-penal.²⁵⁰

A teoria do direito penal do inimigo está diretamente relacionada a um direito penal simbólico, envolvendo a aprovação e promulgação de novas leis penais para satisfazer o clamor social. Além disso, também tem extrema proximidade com um direito penal punitivista, com a antecipação exagerada da tutela penal e a desproporcionalidade das penas.²⁵¹

No que diz respeito ao direito penal simbólico, Meliá destaca que normas materiais que, em princípio, poderiam ser catalogadas como meramente simbólicas, podem ensejar um processo penal real. Um direito penal simbólico não somente identifica um determinado fato, mas sobretudo, um específico tipo de autor. Assim, o direito penal simbólico e o punitivismo estão próximos, podendo se relacionar diretamente como o direito penal do inimigo. E, nesse contexto, normas penais consideradas apenas simbólicas podem ser colocadas em prática por meio de um processo penal concreto.²⁵²

Importante destacar também, a respeito dos aspectos processuais penais da teoria do direito penal do inimigo, o seu terceiro elemento destacado por Jakobs e comentado por Meliá. O primeiro corresponde ao adiantamento da punibilidade, o segundo às penas desproporcionalmente altas; ambos com referência ao direito penal material, portanto. Já o terceiro elemento equivale a relativização, ou inclusive supressão, de determinadas garantias processuais.²⁵³

Como afirma Muñoz Conde, os Estado democráticos de Direito acolhem princípio básicos de direito penal material do Estado de Direito, como o de legalidade, culpabilidade, proporcionalidade e, em especial, os princípios de

²⁵⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 53-54.

²⁵¹ GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. "Direito penal" do inimigo e os inimigos do direito penal. *Revista Electrónica del Centro de Investigaciones Criminológicas de la USMP-PERÚ*. 2 ed. Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_inv_criminologica/revista/articulos_revista/2006/direito_penal_do_inimigo.zip>. Acesso em 16 de dez. de 2018.

²⁵² JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 87-88.

²⁵³ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 90.

caráter processual penal, como o de presunção de inocência, o do devido processo e demais garantias do imputado em um processo penal.²⁵⁴

A propósito, é a relativização ou flexibilização de garantias penais e processuais penais uma das maiores fontes de críticas que podem ser dirigidas à teoria do direito penal do inimigo. Devido à periculosidade de organizações criminosas e em consequência dos atentados terroristas que ocorreram pelo mundo, diversos países vêm adotando essa postura em relação às garantias do direito penal material e processual. Há atualmente uma tendência de se aceitar a redução ou supressão de garantias. Muitas medidas aplicadas no âmbito do direito penal do inimigo, inclusive, não seguem um devido processo legal de criação pelo Poder Legislativo, mas acabam tendo procedimentos sem limites estreitos definidos pelo Poder Executivo, tendo em vista se tratar de uma guerra.²⁵⁵

Nesse contexto, quando se pensa nos aspectos processuais penais de um direito penal do inimigo, com a relativização ou supressão de garantias constitucionais, o próprio processo penal pode funcionar como uma pena. Como afirma Francesco Carnelutti, além da reclusão como pena, outros sofrimentos ocasionados ao réu podem ter igual caráter, em particular no juízo penal. Em certos casos, o sofrimento durante o processo é mais grave do que eventual condenação.²⁵⁶

Existiria ainda um fenômeno denominado ‘despersonalização parcial’, que ocorre quando um indivíduo pratica condutas que podem ser catalogadas como ações relativas ao direito penal do inimigo, mas não haveria uma perda total dos direitos e garantias processuais. Nesse sentido, o inimigo manteria aspectos inerentes a sua condição de pessoa, não perdendo todas as características que rodeiam a estrutura do direito penal do inimigo. Se, por outro lado, considera-se que o inimigo perde todas as características inerentes à estrutura de pessoa,

²⁵⁴ CONDE, Francisco Muñoz. *Direito penal do inimigo*. Trad. Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012, p. 33.

²⁵⁵ SILVA, Kelly Cardoso da. *Direito penal do inimigo: aspectos jusfilosóficos e normativos*. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 99-100.

²⁵⁶ CARNELUTTI, Francesco. *O problema da pena*. Trad. Ricardo Pérez Banega. São Paulo: Editora Pillares, 2015, p. 80-81.

então ele perderia todos os direitos e garantias, independentemente da situação, quando inserido na categoria de inimigo.²⁵⁷

De acordo com Diogo Malan, algumas das características do processo penal do inimigo seriam: a incomunicabilidade do preso; as prisões para averiguação decretadas apenas com base em suspeitas; delação premiada²⁵⁸; julgadores de exceção, constituídos após a prática do delito; e regimes de execução penal sem direitos para aquele que cumpre a pena.²⁵⁹

Segundo o autor acima citado, o processo penal do inimigo seria aquele no qual “há conotação partidária do acusador e do órgão jurisdicional e a transformação do processo penal em instrumento de luta contra a criminalidade organizada”.²⁶⁰ Não existiria, portanto, julgador imparcial com a verificação empírica de fatos concretos. Além disso, o direito penal simbólico e o punitivismo, produtos da expansão do direito penal, seriam fenômenos político-criminais que abrem espaço para um processo penal do inimigo.

As medidas que relativizam direitos fundamentais que caracterizam o processo penal do inimigo são resultado de uma política criminal populista cujo objetivo é a neutralização dos indivíduos considerados perigosos para a sociedade. Seu papel é simbólico, com a transmissão da sensação de segurança e atuação eficiente do Estado para a opinião pública sem, contudo, ter comprovada eficácia na redução da criminalidade.²⁶¹

Tendo em vista que a teoria do direito penal do inimigo desenvolvida por Jakobs possui reflexos no direito processual penal, e que sua principal característica está na relativização ou supressão de garantias processuais penais previstas na Constituição, é relevante verificar algumas violações a garantias que estão ocorrendo no processo penal brasileiro, para se fazer uma reflexão a respeito de um processo penal do inimigo.

²⁵⁷ ÁLVAREZ, Rodrigo Ríos. El derecho penal del enemigo: el problema de su legitimidad a luz de algunos de sus defensores y detractores. *Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins*. Vol. 8, n. 2, 2012, p. 174-175.

²⁵⁸ Sobre a delação premiada, no próximo capítulo será analisado o instituto e sua (in) compatibilidade com um processo penal do inimigo.

²⁵⁹ MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 14, n. 59, 2006, p. 231.

²⁶⁰ MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 14, n. 59, 2006, p. 253.

²⁶¹ MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 14, n. 59, 2006, p. 253-254.

3.3 VIOLAÇÕES A GARANTIAS NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A EXISTÊNCIA DE UM PROCESSO PENAL DO INIMIGO

A fase processual do direito penal do inimigo é o que se chama de processo penal do inimigo. Uma das características desse fenômeno descrito por Günther Jakobs é a supressão de garantias processuais a determinados tipos de autores, os inimigos. Outras características seriam: a prisão preventiva fundada na periculosidade do agente; agentes infiltrados; interceptações telefônicas; incomunicabilidade do imputado; admissão de provas ilícitas; institutos premiais; restrições ao direito de autoincriminação; e restrições ao direito de defesa.²⁶²

Além disso, não seria qualquer distinção procedimental que ensejaria uma legislação processual penal de combate ao inimigo. As relativizações de garantias de um processo penal do inimigo teriam como aspectos: a colocação do imputado em desvantagem quando compactado do Estado; o fato de que essa desvantagem estaria baseada em um conceito prévio de inimigo que lhe foi dado; e o objetivo seria a neutralização do inimigo.²⁶³

Dessa forma, percebe-se que, para se constatar a existência ou não de um processo penal do inimigo em determinado sistema punitivo, é necessário observar se existe o respeito às garantias processuais penais presentes na Constituição, que são a base de um Estado Democrático de Direito. Entende-se que um direito penal do inimigo, e conseqüentemente sua expressão processual penal, são incompatíveis com Estado Democrático de Direito, em que é essencial que as garantias processuais sejam respeitadas.

Um direito penal garantista em um Estado de Direito, como afirma Zaffaroni, é uma redundância, porque nele não pode existir outro direito penal que não seja o de garantias. O direito penal de garantias é, portanto, inerente ao Estado de Direito. Afinal, as garantias penais e processuais penais correspondem ao resultado da experiência de contenção acumulada,

²⁶² DARCIE, Stephan Doering. Processo penal do inimigo: elementos para a compreensão de sua estrutura e metodologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 26, n. 149, 2018, p. 270-271.

²⁶³ DARCIE, Stephan Doering. Processo penal do inimigo: elementos para a compreensão de sua estrutura e metodologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 26, n. 149, 2018, p. 284.

constituindo a essência daquilo que encerra o Estado de polícia, sendo o próprio Estado de Direito.²⁶⁴

De acordo com Luigi Ferrajoli, os princípios enunciam garantias jurídicas para a afirmação da responsabilidade penal e para a aplicação da pena. Trata-se de condição necessária, sendo que na sua ausência não se é permitido punir. Dessa forma, a função das garantias no direito (e no processo) penal seria não tanto permitir ou legitimar, mas sim condicionar, deslegitimando o exercício absoluto do poder punitivo.²⁶⁵

Em um modelo de processo penal autoritário, a carência de determinadas garantias debilita as demais, em especial as garantias processuais da presunção de inocência do acusado antes da condenação, do ônus acusatório da prova e do contraditório com a defesa. Assim, com a falta de obrigação de provar e a possibilidade de contraditar as imputações, os juízos penais acabariam se informando por meio de critérios de autoridade.²⁶⁶

Em relação ao cenário brasileiro, é possível observar a pesquisa realizada no capítulo anterior para procurar identificar algumas características que aproximam o sistema punitivo brasileiro com um processo penal do inimigo. Afinal, como foi possível perceber, as violações a garantias processuais penais estão diretamente relacionadas aos aspectos processuais penais da teoria desenvolvida por Jakobs.

No que diz respeito ao cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, pode-se verificar o desrespeito ao princípio de presunção de inocência. Um dos principais argumentos a favor do último entendimento do Supremo Tribunal Federal, a favor do cumprimento antecipado da pena, seria o de que isso diminuiria o grau de seletividade do sistema punitivo brasileiro.

O foco aqui seria o combate à criminalidade de colarinho branco, na qual entra o crime de corrupção ativa e passiva, porque supostamente tornaria o sistema punitivo mais republicano e igualitário, diminuindo o incentivo à

²⁶⁴ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 173.

²⁶⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica [et al.]. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 90-91.

²⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica [et al.]. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 97.

criminalidade de colarinho branco. Isso porque, a possibilidade de cumprir a pena somente após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória aproveitaria em especial aos réus mais abastados, que poderiam contar com uma defesa técnica que permitiria que fossem impetrados diversos recursos, atrasando a execução da pena.

Contudo, como se pode perceber, a execução antecipada da pena não afeta somente os réus mais abastados, atingindo também os tradicionais destinatários do sistema penal, inclusive os assistidos da Defensoria Pública. Além disso, garantias constitucionais, em especial as que se referem a direitos fundamentais, como o princípio de presunção de inocência, devem ser sempre interpretadas com uma leitura que proporciona a sua maior eficácia.

Em relação à condução coercitiva, diversas garantias são violadas, como o direito de autodefesa, o direito de não incriminação, o direito ao silêncio, o direito ao contraditório, o direito de liberdade de locomoção, o devido processo legal e a presunção de inocência. Afinal, não se pode utilizar da condução coercitiva sem antes disponibilizar uma oportunidade para o comparecimento espontâneo do imputado, de maneira a se respeitarem os princípios e garantias constitucionais.

Nesse sentido, o Plenário do STF, em 14 de junho de 2018, decidiu, por maioria, pela impossibilidade da condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório, na decisão dos julgamentos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 395²⁶⁷ e da ADPF 444²⁶⁸.

Em relação às prisões cautelares, em especial sobre a prisão preventiva, sabe-se que há uma relativização do princípio da presunção de inocência, em especial quando a decisão para a sua decretação é mal fundamentada, ou tem base em fundamentos pouco precisos, como para garantia da ordem pública.

De acordo com Zaffaroni, uma das características que mais se destacam no poder punitivo latino-americano atual no que diz respeito ao aprisionamento é o de que aproximadamente três quartos dos presos estão submetidos a medidas de contenção, sendo processados não condenados, ou seja, presos

²⁶⁷ STF, Pleno, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 395, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento 14.06.2018, publicação 15.06.2013.

²⁶⁸ STF, Pleno, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento 14.06.2018, publicação 15.06.2013.

cautelarmente. Destes, um terço será absolvido. Isso constitui uma inversão do sistema penal do ponto de vista formal. O poder punitivo que vem preferindo operar mediante a prisão preventiva ou por medida de contenção provisória. Dessa forma, quase todo o poder punitivo latino-americano seria exercido sob a forma de medidas, o que significa que apenas a presunção de periculosidade converteu em privação de liberdade sem sentença firme.²⁶⁹

Nesse sentido, a medida cautelar é pena cautelar. Isso significa que, por precaução, o poder punitivo é exercido pela condenação material de grande parte dos acusados a uma medida, em um processo que se arrasta por um longo período de tempo, com o objetivo de verificar se corresponde a uma pena formal.

Assim, o poder punitivo na América Latina é exercido por meio de medidas de contenção para suspeitos perigosos. Na prática, segundo Zaffaroni, haveria um direito penal de periculosidade presumida, que seria a base para a imposição de penas sem sentença condenatória formal à maior parte da população encarcerada.²⁷⁰

Pelo fato de as prisões processuais, em que ainda não houve uma sentença, serem uma realidade no processo penal, até mesmo para possibilitar, em algumas situações, o bom andamento do processo, evitando que o acusado fuja ou protegendo o conjunto probatório e até mesmo a integridade física de vítimas ou testemunhas, elas devem ser aceitas pelo sistema. Contudo, porque representam uma relativização do princípio da presunção de inocência, devem ser sempre consideradas como exceção, dentro do limite legal, sendo preteridas em relação às medidas cautelares diversas da prisão (o que não ocorre na prática).²⁷¹

Sobre o esboço de um processo penal do inimigo traçado por Jakobs, podem-se verificar características em institutos presentes no sistema punitivo brasileiro. Entre os exemplos citados, a já comentada prisão preventiva; a intervenção nas telecomunicações, com a Lei 9.296/1996 (Lei das

²⁶⁹ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 70-71.

²⁷⁰ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 71.

²⁷¹ CARVALHO, Alice Padilha de; LEMES, Jefferson; VASCONCELOS, Maria Teresa. Um processo penal para o nosso 'inimigo', o 'outro'. In: SALGADO, Eneida Desiree. (Org.). *Direito autoridade e alteridade: reflexões sobre o direito e o avesso*. Curitiba: Íthala, 2017, p. 196.

Interceptações Telefônicas); e a intervenção de agentes infiltrados, prevista no artigo 10 e seguintes da Lei 12.850/2013 (Lei de Organizações Criminosas).

Não se pode deixar de lado, também, o fato de que restrições a direitos e garantias atingem a todos os imputados criminalmente. Dessa forma, não seria possível se pensar em um direito penal do inimigo a parte, evitando que o direito penal do cidadão fosse preservado, como pretende Jakobs.

Como exemplo da extensão dos efeitos de aspectos de um processo penal do inimigo, a permissão da investigação das comunicações privadas para individualizar os inimigos, faz com que a intimidade de todos os indivíduos seja afetada, pois a investigação incluirá as comunicações de muitas pessoas que não são inimigos. A limitação de garantias processuais por meio de falta de comunicações, de restrições ao direito de defesa, por prisões preventivas prolongadas, presunções, admissão de provas extraordinárias, por exemplo, faz com que todos os indivíduos passem a correr o risco de serem indevidamente processados e condenados como supostos inimigos.²⁷²

Dessa forma, como afirma Zaffaroni, não apenas é ilusória a ideia de que o direito penal do inimigo afetará somente as garantias dos inimigos, como também é ilusória a sua suposta eficácia contra eles. O que ele traz, na prática, são mais sentenças condenatórias, ou como acaba sendo equivalente na América Latina, mais prisões cautelares.²⁷³

Portanto, no direito e processo penal do inimigo, é feita uma defesa em relação a riscos futuros, sendo o seu destinatário, o inimigo, despersonalizado pelo sistema penal. Dessa forma, ele tem seus direitos e garantias reduzidos, antecipando-se a aplicação da pena, o que se justificaria por uma necessidade de segurança e de neutralização de sua periculosidade. O que se relaciona diretamente com o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória e com a decretação de prisões cautelares.²⁷⁴

Dessa forma, percebe-se que o processo penal brasileiro é permeado de violações a garantias constitucionais, que podem aproximá-lo, em alguns pontos,

²⁷² ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 117.

²⁷³ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 119.

²⁷⁴ VASCONCELOS, Maria Teresa. A presunção de inocência em um contexto de direito penal do inimigo. *Revista Jurídica Themis*, v. 27, 2017, p. 159.

de um processo penal do inimigo. Contudo, é necessária maior reflexão para se observar se determinado grupo pode se encaixar em uma categoria de inimigo, conforme a teoria de Jakobs. Afinal, há que se considerar a despersonalização e neutralização desses indivíduos.

Tendo isso em vista, quando se trata do caso específico do combate à corrupção, há que se pensar na ocorrência da flexibilização de garantias processuais fundamentais. O fato de a corrupção ser um crime que deve ser investigado e punido se comprovada a sua prática, não autoriza romper com o sistema de garantias processuais.

Nesse sentido, há quem defenda que o processo penal de combate à corrupção seja um processo penal do inimigo.²⁷⁵ Essa hipótese será ponderada no próximo capítulo, a partir da análise do exemplo estadunidense de direito penal do inimigo no combate ao terrorismo, do processo penal midiático e da possibilidade de se negociar com o inimigo, para então fazer uma reflexão sobre o combate à corrupção no processo penal brasileiro.

²⁷⁵ Nesse sentido: PREUSSLER, Gustavo de Souza. Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 25, n. 134, 2017, p. 87-107.

4. O CORRUPTO COMO INIMIGO NO PROCESSO PENAL

Tendo sido analisados aspectos da teoria do direito penal do inimigo e características da sua projeção no processo penal, é importante verificar como a identificação de um inimigo pode ocorrer na prática.

Primeiramente, será examinado o combate ao terrorismo, com o exemplo estadunidense após o atentado de 11 de setembro de 2001. Com isso, pretende-se verificar como um Estado pode se voltar para a neutralização de um inimigo, e de que forma isso pode ser observado na realidade brasileira. Então, será analisado como um processo penal midiático pode estar relacionado com possíveis inimigos brasileiros: o traficante de drogas e, mais recentemente, o criminoso de colarinho branco. Ainda, serão tecidas considerações sobre o papel da delação premiada no contexto do processo penal do inimigo, visando verificar se é possível negociar com o inimigo. Por fim, serão analisados reflexos do combate à corrupção no processo penal brasileiro, para poder concluir se é possível enquadrar o corrupto como o inimigo.

4.1 COMBATENDO UM INIMIGO: O EXEMPLO ESTADUNIDENSE APÓS O ATENTADO DE 11 DE SETEMBRO DE 2001

O exemplo do terrorista como inimigo presente na teoria de Günther Jakobs é citado pelo próprio autor em sua obra. Entre as matérias que são objeto de legislações de luta, ele traz como exemplo a criminalidade econômica, o terrorismo, a criminalidade organizada, os delitos sexuais e outras infrações penais perigosas. Jakobs reforça a concepção de direito penal do inimigo como eliminação de um perigo, com o avanço da punibilidade para o âmbito da preparação, sendo a pena dirigida à segurança em relação a fatos futuros, e não à sanção de fatos praticados. Isso porque, o inimigo seria um indivíduo que não admitiria ser obrigado a entrar em um estado de cidadania, não podendo usufruir dos benefícios do conceito de pessoa.²⁷⁶

Nesse sentido, na presença de um inimigo, o Estado deveria agir em um verdadeiro procedimento de guerra, com objetivo de combater esse inimigo.

²⁷⁶ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 33-35.

Possuiria o direito de ser tratado como cidadão aquele que é fiel ao ordenamento jurídico com certa confiabilidade. A quem isso não se aplica, haveria uma 'heteroadministração', o que significaria a exclusão de seu status de pessoa. Assim, o direito penal dirigido contra terroristas possuiria como função garantir a segurança ao invés de manter a vigilância do ordenamento jurídico. Afinal, no caso dos terroristas, a sua punição seria apenas um objetivo intermediário do legislador, não o principal, que seria combater o terrorismo.²⁷⁷

A luta contra o terrorismo configura uma verdadeira empresa contra inimigos. Segundo Jakobs, "o Direito Penal dirigido especificamente contra terroristas tem, no entanto, mais o comprometimento de garantir a segurança do que o de manter a vigência do ordenamento jurídico, como cabe inferir do fim da pena e dos tipos penais correspondentes"²⁷⁸. O direito penal do cidadão e a garantia da vigência do direito convertem-se, assim, em direito penal do inimigo.

A exclusão do terrorista seria, então, uma autoexclusão, tendo ele convertido a si próprio em terrorista ou deixado de cumprir os seus deveres de outro modo, e por isso deveria ser administrado de forma distinta pelo Estado. Afinal, ele é considerado uma fonte de perigo. O modelo de aplicação de pena de compensação ou contradição do fato praticado não seria satisfatório em situações nas quais o adversário tivesse atitude hostil. O foco seria a aplicação de uma custódia de segurança que garantisse uma segurança social. Não seria possível a condução de uma guerra contra o terror com os meios de um direito penal próprio de um Estado de Direito. Isso porque, um Estado que garante todos os direitos dos indivíduos e os trata de maneira igualitária não poderia conduzir tal guerra, já que não trata seus inimigos como fontes de perigo.²⁷⁹

Jakobs já tratava sobre a teoria do direito penal do inimigo desde meados dos anos de 1980. Contudo, a questão foi reintroduzida pelo autor e ganhou grande destaque após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001.²⁸⁰ Nessa data, ocorreu uma série de ataques suicidas contra os Estados Unidos

²⁷⁷ SILVA, Kelly Cardoso da. *Direito penal do inimigo: aspectos jusfilosóficos e normativos*. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 102.

²⁷⁸ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 60-61.

²⁷⁹ SILVA, Kelly Cardoso da. *Direito penal do inimigo: aspectos jusfilosóficos e normativos*. Jundiaí: Paco Editorial, 2016, p. 103.

²⁸⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 73.

que foram coordenados pela organização fundamentalista islâmica Al-Qaeda. Dezenove terroristas sequestraram quatro aviões comerciais de passageiros naquela manhã. Dois dos aviões foram colididos intencionalmente pelos sequestradores contra as Torres Gêmeas do complexo empresarial do *World Trade Center*, na cidade de Nova York, levando todas as pessoas a bordo e diversas pessoas que estavam nos edifícios a óbito. O terceiro avião colidiu contra o Pentágono, sede do Departamento de Defesa dos Estados Unidos, no Condado de Arlington, Virgínia. E o quarto avião caiu em um campo aberto nas proximidades de Shanksville, na Pensilvânia, após passageiros e tripulantes terem tentado retomar o controle da aeronave. No total, quase três mil pessoas morreram durante os ataques.²⁸¹

Esse cenário representa o início do século XXI, marcado pela consolidação de um novo inimigo da segurança do Estado no imaginário da sociedade globalizada. Em especial após os atentados de 11 de setembro de 2001, destacou-se a figura do terrorista internacional, delineada principalmente pelo governo estadunidense. O processo de construção desse novo inimigo do Estado no imaginário coletivo teve início em especial a partir da década de 1980. Ataques cometidos na sua maioria por grupos fundamentalistas islâmicos contra alvos civis e militares marcaram a construção dessa imagem de inimigo.²⁸²

Nesse contexto, foram significativos os sequestros de aviões, como os que envolveram os jatos das empresas *Trans World Airlines* (TWA), em 1985, e *Pan American World Airways* (Pan Am), em 1988. No primeiro, o avião partiu de Atenas com destino à Roma, estando a bordo um grupo de terroristas xiitas pertencentes ao grupo Hezbollah que, armados de granadas e pistolas, sequestraram o avião desviando sua rota para Beirute, tendo como objetivo a liberação de presos políticos libaneses em Israel. No segundo, voando de Londres para Nova York, o avião explodiu durante o voo quando sobrevoada a Escócia, tendo sido organizado por um grupo terrorista ligado ao governo líbio do Coronel Muammar Gaddafi.²⁸³

²⁸¹ *The 9/11 commission report*. Disponível em: < https://9-11commission.gov/report/911Report_Ch1.pdf>. Acesso em: 10 de jan. de 2019.

²⁸² DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 296-297.

²⁸³ DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 297.

Ainda, a atenção para o terrorismo aumentou com a explosão de um carro-bomba no subsolo do *World Trade Center*, em 1993, e com os atentados às embaixadas americanas no Quênia e na Tanzânia, em 1998, organizados por fundamentalistas islâmicos.²⁸⁴

A grande cobertura dada pela mídia para os atentados potencializou o pânico entre a população e o seu impacto, em especial na sociedade estadunidense, alimentando o surgimento geral de insegurança em relação a esse novo inimigo de Estado. Os atentados de 11 de setembro de 2001 foram o ápice na instalação do sentimento de insegurança. Com isso, criou-se a figura do inimigo, iniciando um cenário para a criação de novas normas em matéria de segurança nacional. Devido às características étnicas, culturais e religiosas dos autores dos atentados citados, a imagem do terrorista internacional foi associada em especial a cidadãos de países islâmicos, adeptos da religião muçulmana.²⁸⁵

Desse modo, atentados terroristas como o mencionado ocorrido em 11 de setembro de 2001, o de 12 de outubro de 2002 em Bali (contra uma discoteca, deixando 202 mortos e 300 feridos, cuja autoria foi reivindicada pela Jemaah Islamiyah), os de 11 de março de 2004 em Madri (coordenados contra o sistema de trens, matando 193 pessoas e deixando 2050 feridas, dirigidos por uma célula terrorista inspirada na al-Qaeda), e o de 7 de julho de 2005 em Londres (com uma série de explosões que atingiram o metrô, com 52 mortes e cerca de 700 feridos), revelaram a existência de um perigo real e a possibilidade de outros grandes ataques.²⁸⁶

A reação não teve somente caráter bélico (que se deu sem a permissão do Conselho de Segurança da Organização das Nações Unidas e sem a demonstração da existência de armas de destruição massiva, que foi o pretexto utilizado para justificar a invasão ao Iraque). Houve também uma reação de caráter jurídico, em especial jurídico-penal, refletindo as características do direito penal do inimigo descritas por Jakobs.²⁸⁷

²⁸⁴ DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 297.

²⁸⁵ DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 299.

²⁸⁶ CONDE, Francisco Muñoz. *Direito penal do inimigo*. Trad. Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012, p. 26.

²⁸⁷ CONDE, Francisco Muñoz. *Direito penal do inimigo*. Trad. Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012, p. 26-27.

No que diz respeito ao processo penal do inimigo, um dos exemplos mais paradigmáticos é a Ordem Militar Presidencial estadunidense de 13 de novembro de 2001, cujo título é Detenção, Tratamento e Julgamento de Alguns Não-cidadãos na Guerra Contra o Terrorismo (*Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-citizens in the War Against Terrorism*).

A Ordem Militar Detenção, Tratamento e Julgamento de Alguns Não-cidadãos na Guerra Contra o Terrorismo corresponde a um ato normativo, promulgado devido ao ataque terrorista de 11 de setembro ocorrido no mesmo ano. Estão sujeitos a ele os indivíduos considerados suspeitos de integrar ou ter integrado a organização terrorista *Al-Qaeda*, de ter praticado qualquer ato terrorista ou preparatório dessa organização terrorista, ou de ter conspirado para praticá-lo ou, ainda, de ter hospedado qualquer pessoa que se enquadra nas situações anteriores.²⁸⁸ Além disso, mesmo que não se enquadrem nas hipóteses citadas acima, indivíduos podem ser submetidos ao referido ato, basta que isso seja considerado conveniente do ponto de vista dos interesses dos Estados Unidos.²⁸⁹

Em relação a sua competência, por meio desse ato todos os indivíduos enquadrados nesse conceito elástico de terrorista são julgados por Comissões Militares. A totalidade dos integrantes desses órgãos, incluindo julgadores, acusadores e defensores, é diretamente nomeada, dentre oficiais integrantes das Forças Armadas, pelo Secretário de Defesa dos Estados Unidos. Ainda, o Secretário de Defesa possui competência legislativa, podendo editar ordens com o objetivo de regulamentar esse ato no que diz respeito à matéria processual. Para além dessa grande concentração de poderes, ainda existe a instituição de um reexame obrigatório de todas as decisões de mérito proferidas pelas

²⁸⁸ "(1) there is reason to believe that such individual, at the relevant times, (i) is or was a member of the organization known as al Qaida; (ii) has engaged in, aided or abetted, or conspired to commit, acts of international terrorism, or acts in preparation therefor, that have caused, threaten to cause, or have as their aim to cause, injury to or adverse effects on the United States, its citizens, national security, foreign policy, or economy; or (iii) has knowingly harbored one or more individuals described in subparagraphs (i) or (ii) of subsection 2(a)(1) of this order; and (2) it is in the interest of the United States that such individual be subject to this order." In: *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-citizens in the War Against Terrorism*. Disponível em: < <https://2001-2009.state.gov/coalition/cr/prs/6077.htm>>. Acesso em 7 de jan. de 2019.

²⁸⁹ "It is in the interest of the United States that such individual be subject to this order" In: *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-citizens in the War Against Terrorism*. Disponível em: < <https://2001-2009.state.gov/coalition/cr/prs/6077.htm>>. Acesso em 7 de jan. de 2019.

Comissões Militares pelo próprio Presidente da República ou o Secretário de Defesa.²⁹⁰

Além disso, esse ato legislativo dispõe no sentido de que são inaplicáveis às Comissões Militares, incumbidas de julgar indivíduos suspeitos da prática de atos terroristas, os princípios da lei e as regras probatórias cabíveis no processo criminal americano, não cabendo recurso da defesa a qualquer tribunal civil, estadunidense, estrangeiro ou internacional.²⁹¹

Com isso, percebe-se que essa Ordem Militar confere poderes quase ilimitados ao Secretário de Defesa. Ele acumula o poder legislativo (tendo em vista que possui competência para criar órgãos jurisdicionais e normas processuais penais), executivo (porque pode nomear os componentes dessas Comissões Militares e exercer as funções de autoridade penitenciária) e, ainda, judicial (já que é competente para atuar como instância revisora das decisões proferidas em primeiro grau de jurisdição). Portanto, é um ato único, indo de encontro à separação de poderes que caracteriza o Estado Democrático de Direito.²⁹²

Com base na delegação de poderes presente na referida Ordem Militar Presidencial, o Secretário de Defesa editou a *Military Commission Order* n.1 (*Procedures for Trial by Military Commissions of Certain Non-United States Citizens in the War Against Terrorism*), de 21 de março de 2002, na qual se estabeleceu o procedimento a ser seguido. As garantias dos réus nela presentes, contudo, são meramente formais, não sendo efetivas. Um exemplo disso é o fato de que os defensores dos acusados são oficiais das Forças Armadas que exercem funções na Justiça Militar nomeados pelo Conselho Geral do Departamento de Defesa, como também são os julgadores e acusadores. O defensor do réu não possui independência, sendo subordinado

²⁹⁰ MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 14, n. 59, 2006, p. 232-233.

²⁹¹ "(f) Given the danger to the safety of the United States and the nature of international terrorism, and to the extent provided by and under this order, I find consistent with section 836 of title 10, United States Code, that it is not practicable to apply in military commissions under this order the principles of law and the rules of evidence generally recognized in the trial of criminal cases in the United States district courts". In: *Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-citizens in the War Against Terrorism*. Disponível em: < <https://2001-2009.state.gov/coalition/cr/prs/6077.htm>>. Acesso em 7 de jan. de 2019.

²⁹² MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 14, n. 59, 2006, p. 233.

hierarquicamente ao Secretário de Defesa. Apesar de a *Military Commission Order* n.1 possibilitar que o réu contrate um defensor civil de sua livre escolha, ela estabelece restrições à sua atuação, tendo em vista que o defensor escolhido não substitui o defensor militar, ficando ao seu lado, em uma posição subordinada.²⁹³

Tendo isso em vista, percebe-se que o procedimento que se aplica aos suspeitos da prática de terrorismo nos Estados Unidos corresponde a um caso paradigmático de processo penal do inimigo. Ele tem como objetivo a neutralização do suposto perigo provocado por esses indivíduos, por meio de supressão de várias garantias fundamentais, entre elas, a do juiz natural, do acesso à justiça e o direito de defesa.²⁹⁴

Desde o ocorrido em 11 de setembro de 2001, discutiu-se qual seria a apropriada resposta legal para combater a ameaça terrorista. No caso do governo de George W. Bush nos Estados Unidos, defendeu-se uma resposta militar.²⁹⁵

Nesse contexto, há quem argumente no sentido de que os suspeitos de terrorismo detidos na Prisão de Guantánamo (prisão militar estadunidense), por exemplo, deveriam ser julgados por comissões militares ao invés de cortes civis nos Estados Unidos. Um dos argumentos seria o de que haveria perigo em conduzir seus julgamentos em cortes civis, havendo o risco para a segurança nacional com fontes e métodos de inteligência que poderiam ser revelados. Além disso, haveria restrições em cortes civis no uso de provas obtidas por meio de questionáveis métodos de interrogação. Ainda, seria possível argumentar que, porque os suspeitos não são cidadãos americanos, sendo considerados inimigos combatentes, não teriam direito a julgamentos civis, em especial porque não mereceriam julgamentos com todas as proteções dos demais réus. Assim, esses indivíduos deveriam ser considerados uma categoria separada por uma questão

²⁹³ MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 14, n. 59, 2006, p. 234.

²⁹⁴ MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 14, n. 59, 2006, p. 235.

²⁹⁵ MACDONALD, Stuart. Cyberterrorism and enemy criminal law. In: OHLIN, Jens David; GOVERN, Kevin; FINKELSTEIN, Claire. *Cyber war: law and ethics for virtual conflicts*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2015.

de justiça, em um contexto diferente dos criminosos comuns e outros passíveis de serem julgados em cortes federais.²⁹⁶

A resposta ao terrorismo encontra tensão entre duas preocupações que podem surgir. A primeira delas é o fato de que a luta contra o terror pode levar, e normalmente leva, à legislação penal injustificadamente dura e injusta. Por outro lado, há a questão de que a concessão de muitos direitos a indivíduos suspeitos de envolvimento em atos terroristas poderia dificultar a forma como os responsáveis pela aplicação da lei e do sistema judicial respondem aos problemas trazidos pelo terrorismo.²⁹⁷

De acordo com Manuel Cancio Meliá, não há dúvidas de que os crimes de terrorismo merecem duras punições, tendo em vista que o dano normalmente provocado pela consumação de suas ações é significativo. Além disso, pode-se considerar que a resposta do direito penal aos crimes de terrorismo deve ser diferente da reação aos crimes comuns, sendo que o terrorismo costuma envolver uma organização que aumenta o perigo para danos em massa, selecionando vítimas de modo aleatório com uma dimensão política inerente à atividade terrorista que não se verifica na criminalidade comum.²⁹⁸

O problema está no fato de que, como afirma o autor acima citado, o direito penal de resposta ao terrorismo no ocidente é desproporcional ao tipo de ameaça de dano existente, mesmo levando em conta a diferença entre o terrorismo e os crimes tradicionais. Ainda, a resposta ao terrorismo se dá por meio de leis inconstitucionais que impõem punições cruéis, injustificadamente criminalizando atos que não provocam dano, limitando de forma significativa os direitos processuais dos réus acusados de crimes de terrorismo.²⁹⁹

Nesse contexto, após os ataques de 11 de setembro de 2001, a política criminal estadunidense foi drasticamente alterada. O *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*, conhecido como *USA PATRIOT Act* (Ato Patriota ou Lei Patriótica)

²⁹⁶ FRIEDMAN, Lawrence. Who are we fighting? Conceptions of the enemy in the war on terror. *Ohio Northern University Law Review*. Vol 37, 2011, p. 11.

²⁹⁷ MELIÁ, Manuel Cancio. Terrorism and criminal law: the dream of prevention, the nightmare of the rule of law. *New criminal law review*. Vol. 14, 2011, p. 108.

²⁹⁸ MELIÁ, Manuel Cancio. Terrorism and criminal law: the dream of prevention, the nightmare of the rule of law. *New criminal law review*. Vol. 14, 2011, p. 109.

²⁹⁹ MELIÁ, Manuel Cancio. Terrorism and criminal law: the dream of prevention, the nightmare of the rule of law. *New criminal law review*. Vol. 14, 2011, p. 110.

marcou essa mudança, sendo um decreto assinado pelo presidente George W. Bush logo após os atentados, em 26 de outubro de 2001. A questão é que o debate no Congresso estadunidense em relação ao *Patriot Act* não pode propriamente ser considerado como moderado. Em um espírito de solidariedade bipartidária, o Congresso codificou as novas prioridades nacionais, da segurança nacional à justiça criminal e privacidade pessoal.³⁰⁰

Com o *Patriot Act*, foram introduzidas novas regras na perseguição de terroristas, interferindo no equilíbrio entre os direitos individuais e a segurança pública. Foi um dos mais longos, complexos e controversos projetos de lei aprovados pelo Congresso estadunidense, representando o marco legislativo para o início do mundo após o 11 de setembro de 2001.³⁰¹

Apesar de ser o Congresso dos Estados Unidos competente para preparar, debater e aprovar as leis do país, o *Patriot Act* foi redigido pelo Departamento de Justiça, não por membros do Congresso.³⁰² Os comentários proferidos pelo então presidente George W. Bush na cerimônia de assinatura ilustram o momento de combate ao terrorismo nos Estados Unidos:

Bom dia e bem-vindos à Casa Branca. Hoje, damos um passo essencial para derrotar o terrorismo, protegendo os direitos constitucionais de todos os americanos. Com a minha assinatura, essa lei dará às autoridades policiais e de inteligência importantes novas ferramentas para combater um perigo presente. [...] As mudanças, hoje efetivas, ajudarão a combater uma ameaça como nenhuma outra que a nossa nação já enfrentou. Nós vimos o inimigo no assassinato de milhares de pessoas inocentes e desavisadas. Eles não reconhecem nenhuma barreira de moralidade, eles não têm consciência. [...] Mas uma coisa é certa, esses terroristas devem ser perseguidos, devem ser derrotados e devem ser levados à justiça. [...] Estamos lidando com terroristas que operam com métodos e tecnologias altamente sofisticados, alguns dos quais nem sequer estavam disponíveis quando nossas leis existentes foram escritas. O projeto de lei diante de mim leva em conta as novas realidades e perigos colocados pelos terroristas modernos. Ajudará a polícia a identificar, dismantelar, perturbar e punir terroristas antes que eles ataquem. Por exemplo, essa legislação dá às autoridades policiais melhores ferramentas para pôr fim à falsificação financeira, ao contrabando e à lavagem de dinheiro. Em segundo lugar, ele fornece, dá às operações de inteligência e às investigações criminais a chance de operar não em trilhos separados, mas compartilhar informações vitais necessárias para interromper um ataque terrorista antes que ele ocorra. A partir de hoje, estamos mudando as leis que regem o compartilhamento de informações. E, o mais importante, estamos mudando a cultura de nossas várias agências que combatem o terrorismo. Combater e investigar a atividade

³⁰⁰ FOERSTEL, Herbert N. *The Patriot Act: a documentary and reference guide*. Westport: Greenwood Press, 2008, p. xv.

³⁰¹ FOERSTEL, Herbert N. *The Patriot Act: a documentary and reference guide*. Westport: Greenwood Press, 2008, p. 46.

³⁰² FOERSTEL, Herbert N. *The Patriot Act: a documentary and reference guide*. Westport: Greenwood Press, 2008, p. 48.

terrorista é a prioridade número um para as agências policiais e de inteligência. A vigilância das comunicações é outra ferramenta essencial para perseguir e deter os terroristas. [...] Esta nova lei que assino hoje permitirá a vigilância de todas as comunicações usadas por terroristas, incluindo e-mails, Internet e telefones celulares. A partir de hoje, poderemos enfrentar melhor os desafios tecnológicos impostos por essa proliferação de tecnologia de comunicação. As investigações são muitas vezes retardadas por um limite no alcance dos mandados de busca federais. [...] Sob esta nova lei, os mandados são válidos em todos os distritos e em todos os estados. E, finalmente, a nova legislação aumenta consideravelmente as penalidades que recairão sobre terroristas ou sobre qualquer pessoa que os ajude. As leis atuais lidam mais severamente com traficantes de drogas do que com terroristas. Isso muda hoje. [...] Este governo reforçará esta lei com toda a urgência de uma nação em guerra. [...] os dois partidos políticos estão unidos em nossa determinação de encontrar e deter e punir aqueles que causariam dano ao povo americano.³⁰³

Esse discurso permite verificar o contexto da guerra ao terror que se instalou nos Estados Unidos. Entre as medidas previstas no *Patriot Act*, há a permissão para que órgãos de segurança e de inteligência do país interceptem ligações telefônicas e e-mails de organizações e pessoas que estariam

³⁰³ Tradução livre de: "Good morning, and welcome to the White House. Today, we take an essential step in defeating terrorism while protecting the constitutional rights of all Americans. With my signature, this law will give intelligence and law enforcement officials important new tools to fight a present danger. [...] The changes effective today will help counter a threat like no other our nation has ever faced. We've seen the enemy in the murder of thousands of innocent unsuspecting people. They recognize no barrier of morality; they have no conscience. [...] But one thing is for certain, these terrorists must be pursued, they must be defeated, and they must be brought to justice. [...] We're dealing with terrorists who operate by highly sophisticated methods and technologies, some of which were not even available when our existing laws were written. The bill before me takes account of the new realities and dangers posed by modern terrorists. It will help law enforcement to identify, to dismantle, to disrupt and to punish terrorists before they strike. For example, this legislation gives law enforcement officials better tools to put an end to financial counterfeiting, smuggling and money laundering. Secondly, it provides, gives intelligence operations and criminal investigations the chance to operate not on separate tracks but to share vital information so necessary to disrupt a terrorist attack before it occurs. As of today, we're changing the laws governing information sharing. And as importantly, we're changing the culture of our various agencies that fight terrorism. Countering and investigating terrorist activity is the number one priority for both law enforcement and intelligence agencies. Surveillance of communications is another essential tool to pursue and stop terrorists. Existing law was written in the era of rotary telephones. This new law that I sign today will allow surveillance of all communications used by terrorists, including e-mails, the Internet and cell phones. As of today, we'll be able to better meet the technological challenges posed by this proliferation of communications technology. Investigations are often slowed by a limit on the reach of federal search warrants. [...] Under this new law, warrants are valid across all districts and across all states. And finally, the new legislation greatly enhances the penalties that will fall on terrorists or anyone who helps them. Current statutes deal more severely with drug traffickers than with terrorists. That changes today. [...] This government will enforce this law with all the urgency of a nation at war. [...] both political parties are united in our resolve to find and stop and punish those who would do harm to the American people." In: Text: *Bush Signs Anti-Terrorism Legislation*. Disponível em: <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/specials/attacked/transcripts/bushtext_102601.html?noredirect=on>. Acesso em: 9 de jan. de 2018.

supostamente envolvidas com atos terroristas, sem necessidade de autorização judicial, sejam esses indivíduos cidadãos estadunidenses ou não.³⁰⁴

A propósito, discute-se a incompatibilidade do *Patriot Act* com a Quarta Emenda à Constituição dos Estados Unidos. Ela se refere à proteção contra buscas e apreensões arbitrárias, exigindo motivo razoável e mandado judicial fundado em indícios de culpabilidade, garantindo o direito à privacidade.³⁰⁵ A seção 213 do *Patriot Act*, por outro lado, autoriza a ação da polícia sem que ela esteja munida de mandados de busca e apreensão (*sneak and peek warrants*).³⁰⁶

O *Patriot Act* autorizou o Procurador-Geral a prender, manter em detenção e submeter a jurisdições especiais todo o cidadão estrangeiro suspeito de atividade terrorista. A sua aprovação no Senado teve apenas um voto contra (sendo 98 a favor). A oposição foi do senador democrata Russ Feingold, o qual afirmou que “A salvaguarda da nossa liberdade é uma das razões pelas quais nós nos engajamos nesta guerra contra o terrorismo. Nós a perderemos sem ter atirado um só tiro se sacrificarmos as liberdades dos cidadãos dos Estados Unidos”.³⁰⁷

Além disso, o *Patriot Act* tornou as normas contra lavagem de dinheiro mais rigorosas e as leis de imigrações mais exigentes, criando novos delitos federais, aumentando a pena de outros crimes e alterando alguns aspectos

³⁰⁴ USA PATRIOT Act, Title II, Sec. 204-217. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-107publ56/pdf/PLAW-107publ56.pdf>>. Acesso em: 9 de jan. de 2019.

³⁰⁵ PITT, Cassidy. U.S. Patriot Act and racial profiling: are there consequences of discrimination? *Michigan Sociological Review*. Vol. 25, 2011, p. 54.

³⁰⁶ SEC. 213. AUTHORITY FOR DELAYING NOTICE OF THE EXECUTION OF A WARRANT. Section 3103a of title 18, United States Code, is amended— (1) by inserting “(a) IN GENERAL.—” before “In addition”; and (2) by adding at the end the following: “(b) DELAY.—With respect to the issuance of any warrant or court order under this section, or any other rule of law, to search for and seize any property or material that constitutes evidence of a criminal offense in violation of the laws of the United States, any notice required, or that may be required, to be given may be delayed if— “(1) the court finds reasonable cause to believe that providing immediate notification of the execution of the warrant may have an adverse result (as defined in section 2705); “(2) the warrant prohibits the seizure of any tangible property, any wire or electronic communication (as defined in section 2510), or, except as expressly provided in chapter 121, any stored wire or electronic information, except where the court finds reasonable necessity for the seizure; and “(3) the warrant provides for the giving of such notice within a reasonable period of its execution, which period may thereafter be extended by the court for good cause shown.”. USA PATRIOT Act, Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-107publ56/pdf/PLAW-107publ56.pdf>>. Acesso em: 9 de jan. de 2019.

³⁰⁷ DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 302.

processuais, em especial para autores de crimes de terrorismo. A seção 802 do ato criou o delito federal de terrorismo interno, estendendo-o a atos que põem a vida humana em perigo por meio de violações do direito penal, se voltados a influenciar a política de um governo com intimidação ou coerção, praticados em território sob jurisdição dos Estados Unidos.³⁰⁸

Percebe-se que a redação do artigo citado acima torna sua definição extremamente ampla e vaga. Isso é perigoso porque deixa brechas para que autoridades policiais se sintam legitimadas a coletar informações e controlar aqueles que de alguma forma se opõem às políticas do governo.³⁰⁹

Ainda, o *Patriot Act* retira direitos de estrangeiros relativos ao justo processo e à Primeira Emenda constitucional por meio da sua seção 411. Ele amplia a categoria de estrangeiros que podem ser expulsos por terrorismo, ao definir seu significado abarcando delitos em que se comprove a presença de uma arma ou dispositivo perigoso, a menos que não seja para o simples ganho pessoal.³¹⁰ Dessa forma, um estrangeiro que segura uma faca durante uma luta ou delito passional, por exemplo, pode estar sujeito à expulsão por terrorismo.³¹¹

Além disso, na seção 411 do *Patriot Act*, configura-se como organizações terroristas grupos que se encaixem no amplo critério de dois ou mais indivíduos, organizados ou não, que pratiquem alguma das seguintes atividades consideradas terroristas: a coleta de fundos, a coleta de adesões de sócios e o

³⁰⁸ “SEC. 802. DEFINITION OF DOMESTIC TERRORISM. (a) DOMESTIC TERRORISM DEFINED.—Section 2331 of title 18, United States Code, is amended— (1) in paragraph (1)(B)(iii), by striking “by assassination or kidnapping” and inserting “by mass destruction, assassination, or kidnapping”; (2) in paragraph (3), by striking “and”; (3) in paragraph (4), by striking the period at the end and inserting “; and”; and (4) by adding at the end the following: “(5) the term ‘domestic terrorism’ means activities that— “(A) involve acts dangerous to human life that are a violation of the criminal laws of the United States or of any State; “(B) appear to be intended—“(i) to intimidate or coerce a civilian population; “(ii) to influence the policy of a government by intimidation or coercion; or “(iii) to affect the conduct of a government by mass destruction, assassination, or kidnapping; and “(C) occur primarily within the territorial jurisdiction of the United States.”. (b) CONFORMING AMENDMENT.—Section 3077(1) of title 18, United States Code, is amended to read as follows: “(1) ‘act of terrorism’ means an act of domestic or international terrorism as defined in section 2331.”. USA PATRIOT Act. Disponível em: < <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-107publ56/pdf/PLAW-107publ56.pdf>>. Acesso em: 9 de jan. de 2019.

³⁰⁹ DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 304-305.

³¹⁰ “SEC. 411. DEFINITIONS RELATING TO TERRORISM. (ii) in subclause (V)(b), by striking “or firearm” and inserting “, firearm, or other weapon or dangerous device”. USA PATRIOT Act. Disponível em: < <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-107publ56/pdf/PLAW-107publ56.pdf>>. Acesso em: 9 de jan. de 2019.

³¹¹ DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 308.

fornecimento de ajuda material a uma organização terrorista que ainda não esteja presente nos registros federais. Nessa situação, o estrangeiro deve demonstrar que não sabia e que não teria razoavelmente como saber que a ação teria favorecido a atividade terrorista da organização. Se a organização terrorista consta nos registros, o estrangeiro pode ser expulso a partir do momento em que seus delitos sejam cometidos e a organização já tenha sido enquadrada como organização terrorista. Ainda, pode ser expulso o estrangeiro se, antes da existência do *Patriot Act* tivesse praticado as mesmas ações a favor de uma organização terrorista que não constasse nos registros federais.³¹²

Com isso, pode-se perceber a existência de um emaranhado de normas de difícil compreensão, contendo diversas contradições. Isso faz com que não seja difícil que um cidadão estrangeiro seja enquadrado e punido erroneamente como um inimigo dos Estados Unidos.³¹³

³¹² “SEC. 411. DEFINITIONS RELATING TO TERRORISM. “(iv) ENGAGE IN TERRORIST ACTIVITY DEFINED.— As used in this chapter, the term ‘engage in terrorist activity’ means, in an individual capacity or as a member of an organization— “(I) to commit or to incite to commit, under circumstances indicating an intention to cause death or serious bodily injury, a terrorist activity; “(II) to prepare or plan a terrorist activity; “(III) to gather information on potential targets for terrorist activity; “(IV) to solicit funds or other things of value for— “(aa) a terrorist activity; “(bb) a terrorist organization described in clause (vi)(I) or (vi)(II); or “(cc) a terrorist organization described in clause (vi)(III), unless the solicitor can demonstrate that he did not know, and should not reasonably have known, that the solicitation would further the organization’s terrorist activity; “(V) to solicit any individual— “(aa) to engage in conduct otherwise described in this clause; “(bb) for membership in a terrorist organization described in clause (vi)(I) or (vi)(II); or “(cc) for membership in a terrorist organization described in clause (vi)(III), unless the solicitor can demonstrate that he did not know, and should not reasonably have known, that the solicitation would further the organization’s terrorist activity; or “(VI) to commit an act that the actor knows, or reasonably should know, affords material support, including a safe house, transportation, communications, funds, transfer of funds or other material financial benefit, false documentation or identification, weapons (including chemical, biological, or radiological weapons), explosives, or training— “(aa) for the commission of a terrorist activity; “(bb) to any individual who the actor knows, or reasonably should know, has committed or plans to commit a terrorist activity; “(cc) to a terrorist organization described in clause (vi)(I) or (vi)(II); or “(dd) to a terrorist organization described in clause (vi)(III), unless the actor can demonstrate that he did not know, and should not reasonably have known, that the act would further the organization’s terrorist activity. [...]” (vi) TERRORIST ORGANIZATION DEFINED.—As used in clause (i)(VI) and clause (iv), the term ‘terrorist organization’ means an organization— “(I) designated under section 219; “(II) otherwise designated, upon publication in the Federal Register, by the Secretary of State in consultation with or upon the request of the Attorney General, as a terrorist organization, after finding that the organization engages in the activities described in subclause (I), (II), or (III) of clause (iv), or that the organization provides material support to further terrorist activity; or “(III) that is a group of two or more individuals, whether organized or not, which engages in the activities described in subclause (I), (II), or (III) of clause (iv).” USA PATRIOT Act. Disponível em: < <https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-107publ56/pdf/PLAW-107publ56.pdf>>. Acesso em: 9 de jan. de 2019.

³¹³ DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 310.

Soma-se ainda o fato de a seção 412 ter aumentando de maneira desproporcional as possibilidades que tem o Procurador-Geral para deter os estrangeiros suspeitos de terrorismo. Há bastante discricionariedade por parte do Procurador-Geral, a quem basta ter bases razoáveis para crer que um estrangeiro esteja envolvido em atividades terroristas ou em outras atividades que coloquem em perigo a segurança nacional.³¹⁴ De maneira substancial, também, o *Patriot Act* não possibilita a impetração de *habeas corpus* em relação aos estrangeiros³¹⁵, o que caracteriza um desrespeito a um dos princípios fundamentais do Estado de Direito.

Após diversas prorrogações durante o governo de George W. Bush, o presidente Barack Obama sancionou a extensão do *Patriot Act* por mais quatro anos. Posteriormente, o Congresso estadunidense aprovou o *USA Freedom Act* (*Uniting and Strengthening America by Fulfilling Rights and Ensuring Effective Discipline Over Monitoring Act*), para substituir o *Patriot Act*. O *USA Freedom Act*, de 2 de junho de 2015, impõe alguns novos limites à coleta em massa de dados de telecomunicações de cidadãos estadunidenses por agências de inteligência, incluindo a Agência Nacional de Segurança. Ele também restaura a autorização para escutas telefônicas itinerantes e rastreamento de terroristas que agem sozinhos.³¹⁶

³¹⁴ “SEC. 412. MANDATORY DETENTION OF SUSPECTED TERRORISTS; HABEAS CORPUS; JUDICIAL REVIEW. “(1) CUSTODY. — The Attorney General shall take into custody any alien who is certified under paragraph (3). “(2) RELEASE. — Except as provided in paragraphs (5) and (6), the Attorney General shall maintain custody of such an alien until the alien is removed from the United States. Except as provided in paragraph (6), such custody shall be maintained irrespective of any relief from removal for which the alien may be eligible, or any relief from removal granted the alien, until the Attorney General determines that the alien is no longer an alien who may be certified under paragraph (3). If the alien is finally determined not to be removable, detention pursuant to this subsection shall terminate.” *USA PATRIOT Act*. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-107publ56/pdf/PLAW-107publ56.pdf>>. Acesso em: 9 de jan. de 2019.

³¹⁵ “SEC. 412. MANDATORY DETENTION OF SUSPECTED TERRORISTS; HABEAS CORPUS; JUDICIAL REVIEW. “(b) HABEAS CORPUS AND JUDICIAL REVIEW.— (1) IN GENERAL.— Judicial review of any action or decision relating to this section (including judicial review of the merits of a determination made under subsection (a)(3) or (a)(6)) is available exclusively in habeas corpus proceedings consistent with this subsection. Except as provided in the preceding sentence, no court shall have jurisdiction to review, by habeas corpus petition or otherwise, any such action or decision.” *USA PATRIOT Act*. Disponível em: <<https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-107publ56/pdf/PLAW-107publ56.pdf>>. Acesso em: 9 de jan. de 2019.

³¹⁶ *USA Freedom Act*. Disponível em: <<https://www.congress.gov/114/plaws/publ23/PLAW-114publ23.pdf>>. Acesso em: 9 de jan. de 2019.

Antes de 11 de setembro de 2001, pessoas que cometiam atos terroristas tinham direito a todo o conjunto de proteções constitucionais concedidas a suspeitos e réus criminais. Entre os direitos, o de que seria necessário demonstrar causa provável para ocorrer uma busca e apreensão; o de uma acusação por um júri; o de ter um julgamento por um júri; o de que esse julgamento seja público; o direito à defesa; o direito de confrontar testemunhas; o direito de intimar testemunhas; e, a exigência de prova de culpa para além de uma dúvida razoável.³¹⁷ Direitos que foram suprimidos na guerra ao terror.

Dessa forma, pode-se perceber que essas leis de exceção e o combate ao terrorismo demonstram a existência de um direito penal do inimigo. Trata-se de algo existente e preocupante e não somente uma teoria descolada da realidade. A questão é a de que, a admissão da exceção, qualquer que seja, leva à consequente admissão da quebra de todo o sistema. Há, portanto, uma incompatibilidade com o Estado de Direito e com o reconhecimento e respeito aos direitos fundamentais.³¹⁸

Nesse contexto, o legislador não dialoga com os seus cidadãos, mas ameaça os seus inimigos. Impõe-se penas extremamente pesadas, desproporcionais, retiram-se garantias processuais e sancionam-se condutas sem haver a provocação de uma lesão a um bem jurídico. O *Patriot Act* representou um exemplo do recorte de garantias processuais próprias da base para um processo penal do inimigo, com a permissão para deter cidadãos ou reunir diversos dados sem controle judicial.³¹⁹

De acordo com Zaffaroni, a partir de 11 de setembro de 2001, o sistema penal estadunidense encontrou um inimigo na figura do terrorista. Tomou emprestada, então, a prevenção do discurso penal legitimador e pretendeu alocar a guerra contra o Iraque como preventiva. Fica evidente, portanto, a identidade do poder bélico com o poder punitivo na busca do inimigo.³²⁰

³¹⁷ GERAGHTY, Thomas. The criminal-enemy distinction: prosecuting a limited war against terrorism following the September 11, 2001 terrorist attacks. *McGeorge Law Review*. Vol. 33, 2002, p. 558.

³¹⁸ CONDE, Francisco Muñoz. *Direito penal do inimigo*. Trad. Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012, p. 27-28.

³¹⁹ CONDE, Francisco Muñoz. *Direito penal do inimigo*. Trad. Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012, p. 31, 45.

³²⁰ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 65.

Ocorreu, segundo Zaffaroni, uma deterioração cultural na sociedade estadunidense com esse autoritarismo estranho à sua tradição. Constatou-se uma perigosa renúncia a princípios fundadores da democracia. Após o fim da União Soviética, buscou-se um inimigo. Com a insuficiência da droga como elemento incentivador de rejeição coletiva, e com a grande abstração do conceito de crime organizado, não foram nessas figuras que se encontrou o inimigo a ser combatido. Já os atentados de 11 de setembro de 2001 contribuíram decisivamente para individualização de um inimigo crível.³²¹

Nesse cenário, encontrou-se a justificativa para as exigências internacionais de adoção de legislações penais e processuais penais autoritárias em diversas nações. A necessidade de se defender, não mais dos atos concretos de homicídio em massa, mas do enigmático terrorismo, contribui para a legitimação não somente de guerras preventivas de intervenção unilateral, como também de legislações autoritárias dotadas de poderes excepcionais. Essas contêm disposições como a privação de liberdade indeterminada de indivíduos que não são prisioneiros de guerra ou réus processados. Assim, como pretende-se encontrar uma justificativa para o exercício de um controle maior sobre toda a população visando evitar a infiltração de terroristas, há igualmente um reforço do controle exercido sobre todos, em especial sobre os estrangeiros.³²²

Quanto à questão do que fazer com o terrorismo, Zaffaroni traz a resposta de que uma solução não poderia ser encontrada no direito penal. Sendo cometidos delitos, seus responsáveis devem ser individualizados, detidos, processados, julgados e, sendo o caso, condenados e a eles aplicada uma pena. Tipos penais especiais não dariam conta de nenhum vazio de tipicidade, podendo ainda provocar impunidades. A melhor garantia de eficácia do direito penal é o respeito aos direitos fundamentais. Seu descumprimento apenas desacredita o sistema penal, de forma que não se pode renunciar às garantias em momentos de crise.³²³

³²¹ ZAFFARONI, E. Raúl. O inimigo no direito penal. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 65.

³²² ZAFFARONI, E. Raúl. O inimigo no direito penal. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 66-67.

³²³ ZAFFARONI, E. Raúl. O inimigo no direito penal. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 184-187.

Tendo isso em vista, pode-se perceber que o combate ao terrorismo, em especial com o exemplo estadunidense, é uma das principais expressões de um direito (e processo) penal do inimigo. Há uma série de supressões de garantias fundamentais, em uma lógica preventiva, e legislações de exceção, visando uma neutralização desse inimigo.

Quando se pensa na realidade brasileira, deve-se atentar para as condutas criminosas previstas na Lei 13.260/2016. Com os atentados nos Estados Unidos em 2001, o terrorismo passou a fazer parte da pauta dos problemas internacionais. Consequentemente, surgiu a exigência de que os ordenamentos jurídicos passassem a se adequar a esse novo cenário por meio da adoção de medidas penais visando punir atos terroristas. Nesse contexto, destaca-se a Convenção Interamericana contra o Terrorismo, na qual se determinou que os Estados signatários têm o compromisso de prevenir, reprimir e eliminar o terrorismo, com um combate a partir de uma cooperação internacional.³²⁴

Assim, o Brasil assumiu o compromisso internacional de prevenir e reprimir os atos de terrorismo no país. O legislador, então, edita a Lei 13.260/2016, que disciplina o terrorismo, trata de disposições investigatórias e processuais, reformulando o conceito de organização terrorista. O *caput* do seu artigo 2º estabelece o conceito de terrorismo como prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos no artigo por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, nos casos em que são cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública.³²⁵

Percebe-se uma violação ao princípio da taxatividade, tendo em vista a abstração da ideia de terror social. Além disso, quando é feita menção à necessidade de exposição da pessoa a perigo, não deixa claro se corresponde a perigo concreto (cujos crimes exigem a prova de colocação em risco do bem jurídico tutelado) ou abstrato (cujos crimes prescindem da comprovação da

³²⁴ ABREU, Ana Claudia da Silva; ABREU, Guilherme Schroeder. Terrorismo X princípio da legalidade: os reflexos do direito penal do inimigo na Lei n. 13.260/16. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*. Vol. 2, n. 2, 2016, p. 237.

³²⁵ Lei 13.260/2016, art. 2º: "O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública".

colocação em risco do bem jurídico tutelado). Pelo princípio da lesividade, apenas se configura um ilícito penal quando o interesse já selecionado (devido ao princípio da reserva legal) sofre uma ofensa que representa um dano ou perigo concreto.³²⁶

No parágrafo 1º do artigo 2º da referida lei são definidos os atos de terrorismo.³²⁷ Pode-se verificar transgressão ao princípio da proporcionalidade, tendo em vista que é punido com a mesma pena (reclusão de 12 a 30 anos), tanto o ato de usar quanto o de ameaçar usar explosivos, por exemplo. Ainda, a partir de uma interpretação sistemática com o Código Penal, a conduta descrita possui a mesma pena do delito de homicídio qualificado, o que significa que um crime de perigo possui a pena mais elevada do que um crime de dano contra a vida.³²⁸

Ainda, fica vago se o atentar contra a vida ou a integridade de pessoa se refere a uma única pessoa ou se o ataque deve visar pessoas indeterminadas. É importante destacar que a definição precisa da conduta criminosa é uma garantia essencial, sendo a partir dela definido o objetivo da investigação e aquilo que deve ser submetido à verificação probatória para posteriormente existirem os elementos concretos para uma condenação. Dessa forma, as garantias penais e processuais são suprimidas, não se proporcionando o tratamento como pessoa ao inimigo. A Lei 13.260/2016 é, portanto, um exemplo do direito penal do inimigo no sistema penal brasileiro, tendo em vista que traz a

³²⁶ ABREU, Ana Claudia da Silva; ABREU, Guilherme Schroeder. Terrorismo X princípio da legalidade: os reflexos do direito penal do inimigo na Lei n. 13.260/16. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*. Vol. 2, n. 2, 2016, p. 238.

³²⁷ Lei 13.260/2016, art. 2º, parágrafo 1º: “São atos de terrorismo: I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa; IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento; V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa”.

³²⁸ ABREU, Ana Claudia da Silva; ABREU, Guilherme Schroeder. Terrorismo X princípio da legalidade: os reflexos do direito penal do inimigo na Lei n. 13.260/16. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*. Vol. 2, n. 2, 2016, p. 239.

criminalização em estágio prévio a lesões de bens jurídicos, além de estabelecer sanções desproporcionalmente altas, cujos tipos penais são vagos.³²⁹

Assim, pode-se verificar como o combate ao terrorismo vem se manifestando, em especial desde o início do século XXI, com os atentados de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos, com uma aplicação prática do direito e do processo penal do inimigo. Ficam claras as restrições a garantias penais e processuais penais, as penas desproporcionalmente altas e o caráter preventivo da criminalização.

A partir desse exemplo, haverá uma análise para verificar se a figura do inimigo pode ser identificada com outros grupos de indivíduos além do terrorista. Isto levando-se em conta o cenário recente do sistema penal e processual penal brasileiros, considerando a existência de um processo penal midiático e da atenção destinada à criminalidade ligada ao tráfico de drogas e, mais recentemente, à criminalidade de colarinho branco.

4.2 O INIMIGO DA VEZ: UM PROCESSO PENAL MIDIÁTICO, DO TRÁFICO DE DROGAS AO COLARINHO BRANCO

Uma das principais formas de se verificar qual é o principal inimigo do sistema penal e processual penal (ao menos no imaginário da população) em um determinado momento, é verificando quais atividades criminais são o foco da mídia, dos meios de comunicação e, mais recentemente, quais condutas criminalizadas são mais divulgadas e compartilhadas em redes sociais. Os problemas socioeconômicos de um país podem ser frequentemente associados a algumas formas de criminalidade em especial. Será verificado de que modo isso ocorre e se esse inimigo pode, ou não, corresponder ao inimigo presente na teoria de Günther Jakobs.

A questão criminal, como afirma Zaffaroni, é sempre comentada. A maioria das pessoas crê possuir uma solução ou, ao menos, emite suas opiniões. Estas costumeiramente estão no sentido de “julgamentos assertivos

³²⁹ ABREU, Ana Claudia da Silva; ABREU, Guilherme Schroeder. Terrorismo X princípio da legalidade: os reflexos do direito penal do inimigo na Lei n. 13.260/16. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*. Vol. 2, n. 2, 2016, p. 243.

em tom sentenciador, emitidos pelos meios de comunicação de massa, estes às vezes nas mãos de grandes corporações transacionais, enredadas com outras que disputam o poder aos Estados, bastante impotentes, do mundo globalizado”.³³⁰

As pessoas comuns vivem no mundo da criminologia midiática, tendo em vista que normalmente não entram em contato com os trabalhos criminológicos acadêmicos. A sua visão da questão criminal costuma ser construída pelos meios de comunicação. Uma realidade criada por meio de informações que muitas vezes vinculam preconceitos e visões simplistas que não correspondem à realidade.³³¹

O chamado neopunitivismo (*New Punitiveness*) dos Estados Unidos, expandido devido à globalização, corresponde a um discurso atual da criminologia midiática. Nesse contexto, surgiram reações políticas direcionadas aos juízes garantistas. Muitos foram estigmatizados como inimigos, coniventes ou encobridores dos criminosos, responsáveis pela impunidade e insegurança devido à criminalidade.³³²

Os juízes costumam ser o alvo predileto da criminologia midiática. Esta se aproveita e explora a situação quando, por exemplo, um ex-presidiário em liberdade provisória pratica um delito.³³³ Isso, portanto, representa um grande risco quando se pensa na influência da opinião pública no processo decisório dos magistrados. É importante analisar qual seria o papel dos magistrados em relação a casos em que a opinião pública se faz presente com certa força, como vem ocorrendo em investigações e ações penais.

Cass R. Sunstein faz uma análise sobre a discussão relativa à necessidade ou não de os juízes levarem em consideração um possível descontentamento da população em relação às suas decisões. Em um primeiro momento, seria possível imaginar que uma antecipação pelo magistrado, de uma

³³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 5-6.

³³¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 193-194.

³³² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p.173, 176, 195.

³³³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 315.

possível indignação popular, seria incompatível com a independência do Poder Judiciário.³³⁴

Contudo, a perspectiva de descontentamento da população poderia indicar que os magistrados estariam decidindo equivocadamente. Afinal, se a maior parte das pessoas discorda dos juízes, talvez eles estejam errados. O que poderia prejudicar esse raciocínio seria se as pessoas tivessem um preconceito arraigado ou se essa indignação popular fosse fruto de uma “cascata” de informações ou noções morais ou legais.³³⁵

Entre os pontos contrários a essa consideração da opinião popular está o fato de que, se a população discorda de uma lei, sua resposta poderia estar na alteração da legislação por meio das vias democráticas. Além disso, deixar de julgar um caso temendo a indignação popular poderia levar a uma excessiva “timidez judicial”.³³⁶

Aqui surge um especial problema em relação à concretização de direitos e garantias fundamentais. Um Judiciário que pretenda ser mais democrático ao responder a apelos da sociedade na interpretação da Constituição, deixando de julgar determinadas matérias³³⁷, pode acabar sendo negligente e descumprindo justamente as premissas de um Estado Democrático de Direito, deixando uma parcela da população sem proteção jurídica.

Richard A. Posner afirma que, pelo fato de as decisões legalistas não conseguirem fornecer respostas aceitáveis em todos os casos, os juízes utilizam outras fontes de julgamento, incluindo opiniões políticas.³³⁸

Nesse sentido, pode-se observar que, no processo de criação do direito conduzido pelo Judiciário, outras fontes acabam sendo utilizadas em julgamentos, inclusive políticas. Indica também mais uma descaracterização da ideia de separação estanque entre direito e política, que impediria a contaminação por questões externas de cunho político e a parcialidade das cortes.

³³⁴ SUNSTEIN, Cass R. *If People would be outraged by their rulings should judges care?* Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=965581>. Acesso em: 9 de mar. de 2017.

³³⁵ SUNSTEIN, Cass R. *If People would be outraged by their rulings should judges care?* Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=965581>. Acesso em: 9 de mar. de 2017.

³³⁶ SUNSTEIN, Cass R. *If People would be outraged by their rulings should judges care?* Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=965581>. Acesso em: 9 de mar. de 2017.

³³⁷ Aqui vale a mesma crítica, mas em relação ao ativismo judiciário conservador, quando se trata de questões processuais penais, por exemplo.

³³⁸ POSNER, Richard A. *How judges think*. Harvard University Press, 2010, p. 9.

Ainda, é importante refletir sobre o fato de que nem sempre o juiz tem consciência dessa influência externa (ou mesmo de suas convicções próprias) no seu julgamento. O magistrado pode trazer nuances políticas na sua decisão sem ter essa pretensão, ou mesmo sem perceber. Isso pode ocorrer em especial nos casos em que há um espaço de indeterminação legal.³³⁹

A Suprema Corte (no Brasil pode-se pensar no Superior Tribunal de Justiça e, principalmente, no Supremo Tribunal Federal) seria mais facilmente e fortemente constrangida pela opinião popular por conta de sua grande visibilidade e impacto de suas decisões.³⁴⁰ Um juiz de primeiro grau e até mesmo os tribunais locais podem passar, salvo casos específicos com forte cobertura midiática (como é o caso da Operação Lava Jato), sem tantas críticas e atenção popular em um julgamento polêmico. Os Ministros do STF provavelmente não.

Como afirma Amilton Bueno de Carvalho, “o senso comum é agressivo: deve-se punir cada vez mais e cada vez mais a penas longas e cada vez mais com menos benefícios no momento da execução penal”.³⁴¹ Existe uma dicotomia, muitas vezes travada entre algumas opiniões principalmente acadêmicas (mas não somente) e outras da sociedade mais sujeita à criminologia midiática: “de um lado, pessoas de boa fé e honestas, que buscam reduzir os danos daqueles que sofrem perseguição penal estatal; de outro, pessoas de boa fé e honestas, que atuam na perspectiva do aumento dos danos àqueles que respondem a processos penais”.³⁴²

A preocupação que surge aqui é em relação aos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição em relação aos indiciados e réus em ações penais. Como afirma Ferrajoli:

É relativamente fácil delinear um modelo garantista em abstrato e traduzir-lhe os princípios em normas constitucionais dotadas de clareza e capazes de deslegitimar, com relativa certeza, as normas inferiores que dela se apartam. Mas difícil é modelar as técnicas legislativas e judiciárias idôneas a assegurar efetividade aos princípios constitucionais e aos direitos fundamentais por eles consagrados. A coisa mais difícil, além da elaboração teórica e normativa dos

³³⁹ POSNER, Richard A. *How judges think*. Harvard University Press, 2010, p. 79.

³⁴⁰ POSNER, Richard A. *How judges think*. Harvard University Press, 2010, p. 274.

³⁴¹ CARVALHO, Amilton Bueno de Carvalho. *Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 81.

³⁴² CARVALHO, Amilton Bueno de Carvalho. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 10.

princípios, dos direitos e de suas garantias jurídicas, é, contudo, defender, atuar e desenvolver na prática o sistema das garantias.³⁴³

O sistema de garantias (entre elas, o contraditório, a ampla defesa, a fundamentação das decisões) tem como objetivo diminuir os espaços de arbítrio. É o direito como sistema de proteção do débil.³⁴⁴ No momento do crime, o débil é a vítima. A partir do momento em que foi realizada a denúncia, o débil passa a ser o réu na ação penal.

No Brasil, esse 'débil' é protegido pela Constituição, em especial em seu artigo 5º. Contudo, a questão que se põe é a necessidade da real efetivação desses direitos e garantias no processo penal. O papel do juiz é atuar como garantidor dos direitos do acusado. Até mesmo porque, a independência do Judiciário e o fundamento da legitimidade da jurisdição está no reconhecimento da sua função de garantidor dos direitos fundamentais extraídos da Constituição.³⁴⁵

Entre os direitos fundamentais, como foi verificado, um dos mais relevantes no âmbito processual penal brasileiro é a presunção de inocência (tão mitigado pelo STF). Ele possui, ao menos na teoria, eficácia desde a fase pré-processual, influenciando diretamente o tratamento que será dado ao imputado durante o processo. O imputado deve ser tratado partindo-se da ideia de que é inocente, de maneira a reduzirem-se as medidas que restrinjam seus direitos no âmbito processual.

A presunção de inocência impõe um dever de tratamento tanto em uma dimensão interna, quanto em uma dimensão externa ao processo. A primeira diz respeito ao fato de que a incerteza deve levar, obrigatoriamente, à absolvição. Já a segunda, impõe que deve haver uma proteção contra o abuso na publicidade e na estigmatização antecipada do indiciado ou réu criminal.³⁴⁶ E isto rotineiramente não se verifica na prática, fruto da criminologia midiática mencionada.

³⁴³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica [et al.]. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 865.

³⁴⁴ CARVALHO, Amilton Bueno de Carvalho. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 57.

³⁴⁵ LOPES Jr. Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 57.

³⁴⁶ LOPES Jr, Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. Vol. 2. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 56.

Não se nega a extrema relevância da opinião pública na construção e legitimação democrática das decisões judiciais e, em especial, da interpretação do significado da Constituição. Contudo, no que se refere ao processo penal, são diversas as circunstâncias e influências que podem levar a um desrespeito aos direitos e garantias fundamentais.

Uma resposta democrática por parte da sociedade não deve ser calada, tampouco o seu acesso à informação, inclusive no que diz respeito à criminalidade e o sistema penal e processual penal. Contudo, deve haver cautela na influência que a opinião popular pode gerar nas decisões, de modo a não ferir os compromissos constitucionais a pretexto de responder aos anseios (muitas vezes punitivistas) da população.

Tendo em vista a questão midiática, pode-se atentar para o fato de que, há alguns anos no cenário brasileiro, o foco foi o combate ao tráfico de drogas. Com a Lei 11.343/2006 (conhecida como Lei de Drogas), é possível perceber o propósito do legislador de criar um crime de fácil apuração e condenação para contribuir na guerra às drogas. A nova legislação não apenas relativizou a necessidade de comprovação do dolo, como ampliou os verbos do tipo penal de tráfico de drogas, facilitando a atividade policial na captura dos envolvidos com substâncias ilícitas.³⁴⁷

Dessa forma, a generalização do legislador ao afirmar que basta que o indivíduo possua drogas “em desacordo com determinação legal”, retirando a necessidade de se provar qualquer intenção que ele tenha, são consequências da utilização do direito penal como medida de polícia. Afasta-se, portanto, a legislação penal da concepção de instrumento de garantia contra o poder punitivo do Estado. Como afirma Luís Carlos Valois, “a guerra às drogas convoca todos os mecanismos de Estado”.³⁴⁸

Levando-se em conta o papel da criminologia midiática descrita por Zaffaroni, é importante destacar que ela “cria a realidade de um mundo de pessoas decentes frente a uma massa de criminosos, identificada através de

³⁴⁷ VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 420.

³⁴⁸ VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017, p. 421.

estereótipos que configuram um ‘eles’ separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de diferentes e maus”.³⁴⁹

Em especial na América Latina, a mídia associou esse ‘eles’ à figura do traficante que ameaça os ‘homens de bem’. De maneira que a sociedade passou a crer que o principal perigo seriam os traficantes que controlam favelas e periferias, sendo que a segurança de todos dependeria, assim, da sua eliminação.³⁵⁰

Nesse sentido, os traficantes de drogas podem ser considerados um dos principais alvos das políticas punitivistas do Estado brasileiro. Ainda, segundo Clara Maria Roman Borges e Vivian Von Hertwig Fernandes de Oliveira,

parece estéril dizer que não se reconhece status de direito penal ao nominado direito penal do inimigo, pois essa atitude não irá impedir a aplicação de penas desproporcionais aos traficantes nem a cassação de seus benefícios, ou seja, não irá suprimir a existência de um direito penal próprio para os traficantes, que autoriza a suspensão de suas garantias e atenta contra o próprio Estado Democrático de Direito.³⁵¹

Desse modo, esse direito penal dos traficantes, que corresponde a uma verdadeira guerra, não apenas suspende as garantias dos traficantes, mas abre espaço para a supressão de garantias de todos aqueles que também venham a ser considerados como fonte de perigo para a vida da população.

Fala-se na representação do crime na mídia com a difusão de estereótipos de criminosos, associando o inimigo da sociedade com a figura do negro ou pardo, pobre e favelado no Brasil.³⁵² Contudo, para além de um recente destaque midiático do combate ao tráfico de drogas em uma guerra às drogas, não se pode deixar de lado a crescente visibilidade para crimes econômicos no país, em especial após o Mensalão e a Operação Lava Jato. É possível que o criminoso de colarinho branco, mais especificamente o corrupto, seja o inimigo da vez, ao menos no que diz respeito à criminologia midiática?

³⁴⁹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 307.

³⁵⁰ BORGES, Clara Maria Roman; OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes de. Direito penal do inimigo e a guerra contra o tráfico de drogas no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Vol. 57, 2013, p. 222.

³⁵¹ BORGES, Clara Maria Roman; OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes de. Direito penal do inimigo e a guerra contra o tráfico de drogas no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Vol. 57, 2013, p. 241.

³⁵² BUDÓ, Marília de Nardin. *Mídias e discursos de poder: estratégias de legitimação do encarceramento da juventude no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2018, p. 236.

Nesse contexto é importante destacar que há, segundo Zaffaroni, uma rápida sucessão de inimigos, o que eleva a angústia e traz a necessidade de novos inimigos para acalmá-la. Ainda, cita a técnica *völkisch* (ou populesca), utilizada no âmbito do nazismo. Ela consiste em “alimentar e reforçar os piores preconceitos para estimular publicamente a identificação do inimigo da vez”.³⁵³ Há um discurso popularesco que parece compensar a segurança perdida por conta da globalização. A sociedade procura um discurso simplista, cuja mensagem é facilmente propagada, e é comum que políticos se apoderem desses discursos. A ideia é a de que o inimigo da vez pode ir se alterando com o passar do tempo, levando em conta o momento socioeconômico e político de um país. No caso brasileiro, pode ter ido do traficante de drogas ao corrupto.

Como afirma Zaffaroni,

tanto o crime organizado como a corrupção são funcionais para habilitar o poder punitivo e a intromissão do Estado em qualquer atividade econômica incômoda ao governo de plantão ou que seja útil para eliminar ou difamar os competidores, sem os limites nem as garantias constitucionais para tais intervenções. Ademais, a campanha contra a corrupção parece estar mais preocupada em evitar maiores custos aos investidores estrangeiros em países periféricos do que nos princípios éticos que são enunciados ou nos danos estruturais que causam às economias locais.³⁵⁴

O início da recente atenção destinada aos crimes de colarinho branco se deu com o Mensalão, como ficou conhecida a Ação Penal nº 470 no Supremo Tribunal Federal (STF). Tratou-se de um caso de denúncia de corrupção política envolvendo compra de votos de parlamentares. Um verdadeiro evento midiático, político e jurídico.³⁵⁵

Já no âmbito do Mensalão, foi importante o papel dos meios de comunicação. A mídia, ao versar sobre um caso criminal, faria uma divisão maniqueísta entre bons e maus, o que levaria a uma demonização na divulgação das informações sobre o processo, que pode ser afetado pela publicidade opressiva sobre casos criminais.³⁵⁶

Em 2005, houve a descoberta do Mensalão. O deputado federal Roberto Jefferson deu entrevista, em julho daquele ano, para a Folha de S.Paulo. Ele

³⁵³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 57.

³⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2007, p. 63-64.

³⁵⁵ BATISTA, Nilo. *Crítica do Mensalão*. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 7.

³⁵⁶ BATISTA, Nilo. *Crítica do Mensalão*. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p. 17-20.

relatou detalhes sobre a distribuição de cargos de confiança e dinheiro para a compra de apoio político pelo Partido dos Trabalhadores (PT). O julgamento no Supremo Tribunal Federal, comandado pelo Ministro Joaquim Barbosa, trouxe uma enorme atenção para os escândalos e para a figura do Ministro no combate à corrupção.³⁵⁷

Nesse cenário punitivista voltado para a criminalidade de colarinho branco, é importante citar a polêmica em torno da utilização da chamada teoria do domínio do fato para fundamentar condenações no Mensalão, em especial a condenação do ex-Ministro da Casa Civil José Dirceu. Para contextualizar essa situação de preenchimento de lacuna de punibilidade, com a utilização de uma teoria com função predominantemente retórica, devem-se verificar alguns fundamentos básicos da teoria do domínio do fato.

A teoria do domínio do fato é, segundo Alaor Leite, uma teoria diferenciadora do conceito de autor. Seu objetivo é trazer a distinção entre o autor e o partícipe, levando em consideração os níveis de intervenção no delito. De acordo com essa teoria restritiva, somente o autor do delito viola a norma de conduta inscrita na parte especial do Código, sendo a punição da participação produto de uma norma extensiva da punibilidade.³⁵⁸ O autor é, então, aquele que domina a realização do fato típico e determina a forma como ocorrerá o delito, quem tem o poder de decisão sobre o fato.³⁵⁹

Esse conceito restritivo de autor pode ser contraposto ao conceito extensivo, segundo o qual autores e partícipes violam a norma de conduta contida na parte especial, sendo a menor punição da participação uma decisão do legislador. Ainda, a teoria diferenciadora pode ser contraposta à teoria unitária, que não distingue autor e partícipe. De acordo com Alaor Leite, a procura por critérios distintivos entre autor e partícipe é possível, sendo um raciocínio dogmático permitido pelo artigo 29, *caput*, do Código Penal.³⁶⁰ Contudo, não se pode utilizar a teoria do domínio do fato para transformar

³⁵⁷ PRAÇA, Sérgio. *Guerra à corrupção: lições da Lava Jato*. São Paulo: Évora, 2017, p. 64-65.

³⁵⁸ LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros: sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 22, n. 106, 2014, p. 57.

³⁵⁹ BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 708.

³⁶⁰ Código Penal, artigo 29, *caput*: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade”.

absolvição em condenação. Sendo essa a intenção do Supremo Tribunal Federal na Ação Penal nº 470, teria ocorrido uma dilapidação da teoria.³⁶¹

Desse modo, o artigo 29, *caput*, do Código Penal, não inviabiliza a adoção da teoria do domínio do fato, desde que compreendida de maneira correta. Isso deve ser feito, porém, no sentido de determinar exatamente os casos de autoria e participação, levando em consideração que a participação revela um conteúdo de injusto acessório em relação à autoria e, por isso (não por ser uma questão de merecimento da pena, como indicado nos votos dos ministros), deveria existir uma diferença de pena entre o autor e o partícipe.³⁶²

Há no julgamento do Mensalão, ainda, uma confusão entre a teoria do domínio do fato e a teoria do domínio da organização. A segunda é uma decorrência da noção mais ampla da primeira. A grosso modo, nos casos do chamado domínio da organização, o domínio da estrutura organizacional com funcionamento automático transformaria o indivíduo em autor mediato dos delitos praticados pelos executores imediatos (com a figura do ‘autor por trás do autor’). Trata-se de uma tese construída para os casos em que a organização age de forma completamente apartada do direito, como estados totalitários, organizações criminosas ou máfias. Nessas estruturas, o superior possui certeza de que ordens criminosas serão cumpridas, sendo o inferior subalterno e fungível.³⁶³ Não era o caso do Mensalão, em que os indivíduos se encontravam democraticamente no poder.

Assim, a teoria do domínio do fato foi utilizada, quando na realidade se fazia referência à teoria da organização, visando fundamentar a punição de acusados em posições hierárquicas de destaque. A ideia de que o indivíduo possui o domínio do fato por estar em posição de destaque em determinada estrutura hierárquica, sendo responsável por tudo que ocorre abaixo dele é, portanto, equivocada e distante da teoria trabalhada por Claus Roxin.

³⁶¹ LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros: sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 22, n. 106, 2014, p. 58.

³⁶² LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros: sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 22, n. 106, 2014, p. 58.

³⁶³ GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. *Revista dos Tribunais*. Vol. 933, 2013, p. 61-84.

Posteriormente, o foco passou a ser o combate à corrupção em consequência da enorme divulgação da Operação Lava Jato e uma espetacularização da justiça. Ela teve início em 17 de março de 2014, tendo como objetivo a investigação de movimentações financeiras ilícitas de alguns doleiros.

A expressiva divulgação midiática e nas redes sociais dada para a Operação Lava Jato, e o apoio da opinião pública por ela atingida, se deu, em grande parte, devido ao papel tomado pelo Ministério Público. Os procuradores da força-tarefa não têm receio de perderem o cargo, tendo enorme autonomia para expressar suas opiniões sobre os sistemas jurídico e político brasileiros e sobre o seu próprio trabalho em redes sociais, assinando como ‘cidadãos’.³⁶⁴

No contexto da Lava Jato, também surgiram as Dez Medidas Contra a Corrupção, atualmente o Projeto de Lei 4.850/2016 que tramita no Congresso Nacional. Aproveitando as atenções voltadas para a Lava Jato, membros do Ministério Público Federal, integrantes da Força-tarefa da operação em Curitiba, desenvolveram propostas legislativas visando efetivar o combate à corrupção e à impunidade. Coletaram-se, então, assinaturas da população para apresentar a proposta ao Congresso como projeto de lei de iniciativa popular.³⁶⁵

Originalmente, as Dez Medidas Contra a Corrupção correspondem à: 1) Prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação; 2) Criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos; 3) Aumento das penas e caracterização de crime hediondo para a corrupção de altos valores; 4) Eficiência dos recursos no processo penal; 5) Celeridade nas ações de improbidade administrativa; 6) Reforma no sistema de prescrição penal; 7) Ajuste nas nulidades penais; 8) Responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa dois; 9) Prisão preventiva para assegurar a devolução do dinheiro desviado; 10) Recuperação do lucro derivado do crime.³⁶⁶

É importante destacar a opinião defendida pelo procurador da República Deltan Dallagnol, de que o sistema atual geraria uma verdadeira máquina de

³⁶⁴ PRAÇA, Sérgio. *Guerra à corrupção: lições da Lava Jato*. São Paulo: Évora, 2017, p. 82.

³⁶⁵ 10 Medidas Contra a Corrupção: histórico. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/historico>>. Acesso em: 5 de nov. de 2018.

³⁶⁶ 10 Medidas Contra a Corrupção: conheça as medidas. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/historico>>. Acesso em: 5 de nov. de 2018.

impunidade.³⁶⁷ Ele também defende que a pena para a corrupção seria muito baixa e que existe uma cultura de tolerância com a corrupção.

É possível perceber, nesse contexto de combate à corrupção provocado pela Lava Jato e em projetos como as Dez Medidas Contra a Corrupção, que algumas características poderiam aproximar a figura do corrupto com a de um inimigo do direito penal. Afinal, como já visto, grande parte das medidas geraria supressão de direitos, repercutindo em toda a população.

Nesse contexto de grande divulgação da Lava Jato e da necessidade de combate ao inimigo identificado na corrupção, desempenhou relevante papel o compartilhamento de informações por meio das mídias sociais. *Facebook*, *WhatsApp*, *Instagram*, *Twitter*, *YouTube* e *LinkedIn* são as principais redes sociais utilizadas atualmente. Nelas, qualquer pessoa pode compartilhar informações, relevantes ou não, a qualquer momento. Com o advento das mídias sociais, portanto, a mídia tradicional perdeu o espaço exclusivo na divulgação de crimes, investigações e processos judiciais.³⁶⁸

Trata-se de uma criminologia midiática que funciona de maneira diversa daquela que ocorria por meio dos meios de comunicação tradicionais, que detinham quase que o monopólio das informações repassadas à população. Atualmente, as pessoas podem compartilhar e ter acesso a diversas informações sobre casos penais, inclusive com menor filtro de veracidade. Além disso, como as redes sociais criam comunidades, uma informação veiculada ou comentário pode atingir um número enorme de pessoas em um curto espaço de tempo. A Operação Lava Jato e as Dez Medidas Contra a Corrupção, por exemplo, tiveram grande espaço nas mídias sociais.³⁶⁹

De acordo com Jakobs, haveria legislação de luta como no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, em delitos sexuais e outras infrações penais perigosas. Trata-se de direito penal do inimigo

³⁶⁷ DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017, p. 38.

³⁶⁸ GARCIA, Venessa; ARKENSON, Samantha G. *Crime, media, and reality: examining mixed messages about crime and justice in popular media*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2018, p. 28.

³⁶⁹ As mídias sociais não se restringiram à população que acompanha as investigações e os julgamentos, ou mesmo aos membros do Ministério Público. A esposa do então juiz Sergio Moro, da 13ª Vara Federal de Curitiba, administrava uma página no *Facebook*, “Eu MORO com ele”, enquanto Moro comandava o julgamento em primeira instância da Operação Lava Jato. In: *Esposa de Moro anuncia fim da página “Eu MORO com ele” no Facebook*. Disponível em: <<https://www.metropoles.com/brasil/esposa-de-moro-anuncia-fim-da-pagina-eu-moro-com-ele-no-facebook>>. Acesso em 11 de jan. de 2018.

quando há a eliminação de um perigo, com a punibilidade avançando para o âmbito da preparação, e a pena se dirigindo à segurança em relação a fatos futuros, não à sanção de fatos já cometidos.³⁷⁰ Pode-se, com certa facilidade, identificar como inimigo o terrorista e até mesmo o traficante de drogas, tendo em vista as características já mencionadas de penas desproporcionalmente altas, de caráter preventivo e com a supressão de garantias processuais. Seriam inimigos a serem combatidos e neutralizados.

A questão que surge é: o criminoso de colarinho branco, mais especificamente o corrupto, pode ser considerado o inimigo atual no cenário brasileiro? Parece evidente que a atenção da criminologia midiática se voltou para a criminalidade econômica. Contudo, antes de se chegar a uma conclusão sobre a proximidade do corrupto com o inimigo teorizado por Jakobs, é importante refletir sobre a possibilidade de se negociar com esse inimigo, levando em conta os acordos de delação premiada comuns nos processos penais envolvendo essa espécie de criminalidade.

4.3 É POSSÍVEL NEGOCIAR COM O INIMIGO? CONSIDERAÇÕES SOBRE UM PROCESSO PENAL DO INIMIGO E A COLABORAÇÃO PREMIADA

Quando se trata da possibilidade de se considerar o criminoso de colarinho branco, mais especificamente o corrupto, como inimigo no direito (e processo) penal, não se pode deixar de lado a seguinte questão: é possível negociar com o inimigo?

Afinal, a figura da negociação penal, em especial da colaboração (ou delação) premiada, está extremamente presente na base de investigações como a Operação Lava Jato. Como divulgado pelo Ministério Público Federal, no Paraná, a Lava Jato contou com 176 acordos de colaboração premiada firmados com pessoas físicas, além de 11 acordos de leniência e 1 termo de ajustamento de conduta.³⁷¹

³⁷⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 33-34.

³⁷¹ *A Lava Jato em números no Paraná*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 11 de jan. de 2019.

Para compreender se as delações premiadas poderiam ser compatíveis com um processo penal do inimigo, é necessário brevemente analisar algumas características desse instituto que vêm ganhando espaço no cenário jurídico brasileiro, sem pretensão de esgotar o tema.

A justiça criminal negocial pode ser definida como um modelo pautado pela aceitação de ambas as partes, a acusação e a defesa, de um acordo de colaboração processual no qual se afasta o réu da posição de resistência, em geral impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão total ou de alguma fase do processo. O objetivo é a facilitação da imposição de uma sanção penal com alguma redução, sendo um benefício para o imputado devido à renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as suas garantias.³⁷²

Assim, a colaboração premiada, a barganha, a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de leniência são mecanismos da justiça criminal negocial. Eles correspondem a facilitadores da persecução penal com o incentivo à não resistência do acusado e a sua conformidade à acusação, com o objetivo de ter benefícios ou prêmios (entre eles a possível redução da pena). Dessa forma, concretiza-se o poder punitivo estatal de maneira mais rápida e menos onerosa.³⁷³

No caso da barganha, trata-se de instrumento processual que gera a renúncia à defesa, a partir da aceitação do réu à acusação, normalmente pressupondo a sua confissão, para o recebimento de algum benefício pelo réu.³⁷⁴ É importante destacar as suas diferenças em relação à colaboração premiada.

Uma das distinções entre a barganha e a colaboração premiada se relaciona com as consequências do acordo a terceiros. Enquanto na barganha o reconhecimento da culpabilidade por parte do imputado se dirige à sua própria

³⁷² VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2015, p. 55.

³⁷³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 23-24.

³⁷⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 24.

sanção penal, na delação a principal função é a incriminação de terceiros (mesmo que, em regra, ocorra a condenação do delator).³⁷⁵

Não se pode esquecer, contudo, que as disposições sobre delação premiada contidas no artigo 4º da Lei 12.850/2013 (conhecida como Lei das Organizações Criminosas) trazem outras possibilidades de cooperação para além de identificar demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais praticadas por eles, como a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto do crime; e, a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.³⁷⁶

Outra diferença entre os institutos da barganha e da colaboração premiada está na manutenção do processo e na obtenção de outros elementos probatórios com o objetivo de fundamentar eventual sentença condenatória. De um lado, a barganha corresponde a um mecanismo que, com a conformidade do acusado, dá a autorização para a imposição de sanção penal com a supressão do transcorrer normal do processo. De outro, a colaboração premiada pressupõe a corroboração dos elementos nela relatados, havendo ainda que se produzir provas e os atos do procedimento de instrução e julgamento.³⁷⁷

Por isso, como afirma Vinicius Gomes de Vasconcellos, deve-se procurar evitar que a colaboração se converta em barganha, o que pode ocorrer quando o processo se torna apenas uma farsa para confirmar os elementos trazidos pelo delator.³⁷⁸

³⁷⁵ ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 526.

³⁷⁶ Artigo 4º da Lei 12.850/2013: "O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada."

³⁷⁷ PINTO, Ronaldo Batista. A colaboração premiada da Lei n. 12.850/2013. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Vol. 10, n. 56, 2013, p. 28.

³⁷⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 25.

Como foi afirmado, a delação premiada tem seu procedimento disciplinado no ordenamento jurídico brasileiro na Lei 12.850/2013, conhecida como Lei das Organizações Criminosas, nos seus artigos 4º ao 7º. O artigo 3º, inciso I, da referida lei, cita a colaboração premiada como meio de obtenção de prova.

Contudo, tendo em vista a ausência de uma maior sistematização do instituto da colaboração premiada (em razão das várias lacunas na lei) e, principalmente, de tradição jurídica em acordos de pena e de estatuto das provas obtidas por meio desse modelo³⁷⁹, invoca-se a experiência estrangeira, em especial dos Estados Unidos³⁸⁰ (muitas vezes sem a devida adaptação).

Entre as previsões da Lei 12.850/2013 que muitas vezes são descumpridas na prática, está o fato de que o juiz não pode participar da elaboração do acordo da colaboração premiada, como se extrai do seu artigo 4º, parágrafo 6º. Ela ocorrerá entre o Ministério Público, o imputado e seu defensor, sendo possível ainda a participação do delegado de polícia.³⁸¹ O juiz deve apenas homologar o acordo, verificando a sua regularidade, legalidade e voluntariedade.³⁸² Percebe-se, portanto, que o juiz não pode, de maneira alguma, ser protagonista no âmbito desse instituto.

Outro fator muitas vezes descumprido diz respeito à necessidade de haver sigilo até o recebimento da denúncia, prevista no artigo 7º da Lei 12.850/2013.³⁸³ Além disso, em um período de espetacularização do processo

³⁷⁹ ROSA, Alexandre Morais da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: EModara, 2018, p. 197.

³⁸⁰ Nesse sentido: LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. In: THAMAN, Stephen C. (coord.). *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 3.

³⁸¹ Artigo 4º, parágrafo 6º da Lei 12.850/2013: “O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor”.

³⁸² Artigo 4º, parágrafo 7º da Lei 12.850/2013: “Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar sua regularidade, legalidade e voluntariedade, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor”.

³⁸³ Artigo 7º da Lei 12.850/2013: “O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto. § 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas. § 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa,

penal, é importante destacar que, entre os direitos do colaborador elencados no artigo 5º da referida lei, está o de não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado sem sua prévia autorização por escrito.³⁸⁴

Ainda, como afirma Francisco Monteiro Rocha Júnior, prisões cautelares, em especial a prisão temporária, podem ser utilizadas para pressionar a realização de acordo de delação premiada. Na prática, a prisão temporária é utilizada como um mecanismo que possibilita ao Estado-acusador a segregação do indiciado. Ela torna a situação propícia para o oferecimento da delação premiada tendo em vista o sofrimento causado pela privação de liberdade do imputado.³⁸⁵

Além disso, de acordo com Nikolai Olchanowski,

os acordos penais, resultantes das práticas de *plea bargaining*, estão longe de atingir, no âmbito do imaginário cultural sobre o sistema de justiça criminal americano, a relevância da qual gozam na atuação prática desse sistema. De fato, produções como romances, filmes e séries dificilmente fogem do imaginário do júri, com todas as peculiaridades que esse formato de julgamento traz consigo. O examinador que se atenta para o número de casos criminais que são efetivamente acertados via júri não pode deixar de ficar surpreso com o descompasso desses números com a força do imaginário que o júri ainda detém.³⁸⁶

Dessa forma, os julgamentos pelo júri nos Estados Unidos seriam a exceção, e não a regra. A forma padrão de resolução da maior parte dos casos criminais estadunidenses (e também ingleses), seria a *guilty plea*, por meio de uma *plea bargaining*.³⁸⁷

devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento. § 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º”.

³⁸⁴ Artigo 5º da Lei 12.850/2013: “São direitos do colaborador: I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica; II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados; III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes; IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados; V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito; VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados”.

³⁸⁵ ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. A expansão do direito penal colhendo seus frutos: uma análise da delação premiada no sistema jurídico brasileiro. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*. Vol 1, n. 5, 2005, p. 85-86.

³⁸⁶ OLCHANOWSKI, Nikolai. *Plea bargaining: análise desde a filosofia da pena*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 64.

³⁸⁷ FISCHER, George. *Plea bargaining's triumph: a history of plea bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2003, p. 239.

Assim, a *guilty plea* afasta a necessidade de acontecer um julgamento nos Estados Unidos. Aproximadamente 95% dos casos seriam resolvidos dessa forma, sem chegar a existir um julgamento pelo júri. Haveria lá pouca restrição ao seu uso, sendo extremamente comum o oferecimento de acordos para reduzir a pena a ser aplicada e convencer os acusados a desistirem do seu direito de ter um julgamento pelo júri.³⁸⁸

*Plea bargaining*³⁸⁹ é, portanto, uma prática amplamente adotada no sistema jurídico criminal dos Estados Unidos, trocando uma *guilty plea*³⁹⁰, ou seja, uma admissão ou não contestação da acusação imputada, em troca de algum benefício. Normalmente, esse benefício consiste no não oferecimento de denúncia, em nova qualificação benéfica do fato delituoso ou na redução da sanção penal.³⁹¹

Portanto, a *plea bargaining* pode ser definida como o processo pelo qual o réu em um processo criminal renuncia o seu direito de ir a julgamento em troca de, em geral, uma redução da sanção penal a ser aplicada.³⁹²

Além do instituto da delação premiada nesse contexto de acordos em troca de benefícios, existe no ordenamento jurídico brasileiro o chamado acordo de leniência. Há a sua previsão em diversas legislações, como na Lei 10.149/2000³⁹³, na Lei 12.846/2013³⁹⁴ (Lei Anticorrupção), e na Lei 12.529/2011

³⁸⁸ LIPPKE, Richard L. *The ethics of plea bargaining*. Nova York: Oxford University Press, 2011, p. 1.

³⁸⁹ Em tradução livre: 'negociação ou barganha de confissão'

³⁹⁰ Em tradução livre: 'confissão de culpa'.

³⁹¹ OLCCHANOWSKI, Nikolai. *Plea bargaining: análise desde a filosofia da pena*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017, p. 5.

³⁹² HEUMANN, Milton. *Plea bargaining: the experiences of prosecutors, judges, and defense attorneys*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981, p. 1.

³⁹³ Lei 10.149/2000, artigo 35-B: "A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais co-autores da infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação".

³⁹⁴ Lei 12.846/2013, artigo 16: "A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber; e II - a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração".

(Lei do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência)³⁹⁵. Há uma falta de coesão entre essas normas, que não se encontram sistematizadas para reger o acordo de leniência.

De qualquer forma, vem-se verificando uma tendência para aumentar a utilização de institutos da justiça criminal negocial no Brasil, em especial o da colaboração premiada. Ela vem se mostrando muito útil especialmente para possibilitar se chegar a informações que podem levar a provas de crimes econômicos, por exemplo. Isso vem gerando algumas críticas.

Entre essas críticas, algumas dizem respeito à tensão existente entre a colaboração premiada no processo penal e os elementos básicos do devido processo legal. Primeiramente, seria questionável a possibilidade de se oferecerem benefícios a um acusado em detrimento aos demais, levando a imposição de penas distintas para pessoas que praticaram o mesmo delito. Isso viola, afinal, os princípios da culpabilidade e do tratamento igualitário como regra de justiça.³⁹⁶

Além disso, a justiça negocial, na prática, gera a supervalorização de escolhas táticas no processo, o que afasta a determinação de uma pena conectada ao delito praticado, aproximando os critérios da aplicação da sanção penal à postura do imputado no transcorrer do processo e de suas decisões que se ligam ao exercício da defesa.³⁹⁷

Ainda, existe a crítica no sentido de que a delação premiada traria um problema ético por conta da possibilidade de o Estado incentivar atitudes consideradas imorais quando oferece benefícios pela traição de um acusado em relação aos demais imputados. Considerando a delação premiada um mecanismo probatório não ético, seria ainda possível questionar a legitimidade

³⁹⁵ Lei 12.529/2011, artigo 86: “O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação”.

³⁹⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 37.

³⁹⁷ ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate. *California Law Review*. N. 69, 1981, p. 657.

de sua aceitação no processo penal, em uma visão de que a avaliação da prova deveria ser feita sob uma perspectiva ética.³⁹⁸

Outras críticas que podem ser direcionadas ao instituto da delação premiada dizem respeito: a) ao fato de que existe uma lógica inerente à justiça criminal negocial no sentido de impor pressão ao acusado para aceitar o acordo, aumentando a probabilidade de condenação de inocentes; b) à situação de que os acordos de confissão em troca de reduções de pena servem aos interesses daqueles que detêm o poder no campo jurídico-penal (acusação e julgador), deixando de lado a necessidade de se criticar a expansão do direito penal; c) ao fato de que a relação entre o advogado e o imputado se distorce em um cenário de negociações no processo penal, de forma que a pretensa legitimidade dos acordos como benefício ao acusado se revela ilusória; d) ainda, sobre os mecanismos negociais que esvaziam a presunção de inocência como regra probatória, de modo a impor a carga da prova inteiramente à acusação, tendo em vista que a responsabilidade pela formação do lastro incriminatório é dirigida ao próprio imputado.³⁹⁹

A propósito, a visão negativa sobre a justiça criminal negocial não se restringe ao Brasil. O *plea bargaining* nos Estados Unidos também costuma provocar reações negativas para a opinião pública, com a imagem de advogados negociando nos bastidores e criminosos recebendo penas mais baixas do que deveriam. Não muda o fato de que lá, quase todos os casos criminais são resolvidos com uma *guilty plea* por parte da defesa.⁴⁰⁰

Apesar das diversas críticas pertinentes que podem ser dirigidas à justiça criminal negocial e, em especial, ao instituto da delação premiada, não se pode negar que é uma realidade no processo penal brasileiro. A sua utilização não deve se retrair, pelo contrário, a tendência é a expansão na sua utilização.

Desse modo, é necessário limitar a aplicabilidade e os contornos da colaboração premiada para evitar a sua generalização. Afinal, sendo um instituto que já faz parte da realidade do processo penal brasileiro, ele deve ser concebido

³⁹⁸ TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 175.

³⁹⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 39.

⁴⁰⁰ DAVIS, Angela J. *Arbitrary justice: the power of the american prosecutor*. Nova York: Oxford University Press, 2007, p. 43

como um mecanismo excepcional, dotado de critérios restritivos e limitações consolidadas, de modo a afastar eventuais imprecisões que permitam abusos e brechas para arbitrariedades.⁴⁰¹

Voltando à questão mencionada, como se responderia à questão de se pensar no corrupto como inimigo no processo penal, tendo em vista a grande utilização da delação premiada nos casos de investigação e julgamento de crimes de corrupção?

A propósito, segundo Alexandre Moraes da Rosa, se não fosse pela Operação Lava Jato, provavelmente não existiria tanto interesse por esse instrumento de colaboração com a justiça. A agitação provocada em torno da delação premiada se deve, em grande parte, ao enorme envolvimento de investigados e acusados de colarinho branco, da cobertura social, em um ambiente marcado pelo clientelismo e pela corrupção.⁴⁰²

Na realidade, o instituto da delação premiada veio ganhando destaque no cenário jurídico brasileiro desde o Mensalão. Conforme afirma Clara Maria Roman Borges, em artigo publicado ainda em 2013, tendo em vista a falta de importância dada à busca da verdade na sociedade contemporânea e a demanda existente por respostas punitivas rápidas, há cada vez mais o acerto dos casos penais com base em uma verdade negociada, substituindo o processo penal tradicional pela barganha.⁴⁰³

Fazendo uma leitura a partir da teoria do direito (e processo) penal do inimigo de Günther Jakobs, há quem defenda, como Diogo Malan, que um dos elementos do arsenal do processo penal do inimigo seriam os mecanismos de delação premiada.⁴⁰⁴

De acordo com essa visão, a confissão que se extrai do investigado ou acusado no processo penal e as possibilidades de cooperação, como delatar demais coautores da organização criminosa, informar infrações penais praticadas por eles, e revelar a estrutura hierárquica e a divisão de tarefas da

⁴⁰¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 37.

⁴⁰² ROSA, Alexandre Moraes da. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: EModara, 2018, p. 24.

⁴⁰³ BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 21, n. 104, 2013, p. 163.

⁴⁰⁴ MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 14, n. 59, 2006, p. 231.

organização criminosa, seria um mecanismo que poderia se encaixar na perspectiva de um processo penal do inimigo. Não se pode concordar com esse posicionamento, contudo.

Ao traçar o esboço a respeito do direito processual penal tratado por Jakobs, quando cita o exemplo da prisão preventiva, ele afirma que “esta coação não se dirige contra a pessoa em Direito - esta nem oculta provas nem foge -, mas contra o indivíduo, quem com seus instintos e medos põe em perigo a tramitação ordenada do processo, isto é, se conduz, nessa medida, como inimigo”.⁴⁰⁵

Isso demonstra que, assim como na sua expressão no direito material, o processo penal do inimigo corresponde a um direito diferenciado voltado ao inimigo, ao qual é negado o status de pessoa tendo em vista a falta de segurança cognitiva que emana de seu comportamento, visando neutralizar a sua periculosidade e negando a ele as garantias processuais e materiais dos cidadãos.

Ora, se a teoria do direito penal do inimigo prevê a negação do status de pessoa a um indivíduo considerado um inimigo que necessita ser neutralizado, não se pode pensar na possibilidade de realizar um acordo de colaboração premiada com ele.

Por mais que seja possível tecer diversas críticas ao instituto da delação premiada, levando-se em conta a superioridade da posição do Estado-acusador na negociação, inclusive no que diz respeito à existência de coação para que o imputado delate e evite receber uma pena maior, seja por se encontrar preso temporária ou preventivamente, seja porque os demais membros da organização criminosa também podem delatar e assim piorar a sua situação⁴⁰⁶, não se pode

⁴⁰⁵ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 38.

⁴⁰⁶ Nesse sentido, é relevante destacar o dilema do prisioneiro. Merrill Flood e Melvin Dresher criaram esse conceito na década de 1950. A ideia seria a seguinte: dois prisioneiros que aguardam julgamentos, sem poder se comunicar para coordenar ações, recebem as seguintes opções: se um confessar e o outro não, o primeiro é liberado e o segundo recebe uma pena alta; se ambos confessarem, cada um recebe uma pena média; e se nenhum confessar, cada um recebe uma pena baixa. Para ilustrar, a situação que se coloca é: cada preso em uma cela ouve, separadamente, do promotor: ‘se você confessar e o outro não, você será libertado; se o outro também confessar, você receberá uma sentença moderada; se nem você e nem outro confessar, receberão sentença menor do que se ambos confessarem; e se você não confessar, mas o outro sim, você receberá a sentença máxima’. In: TSEBELIS, George. *Jogos ocultos*. São Paulo: Edusp, 1998, p. 69.

pensar na elaboração de um acordo com alguém que tenha o seu status de pessoa negado, mesmo que as partes não se encontrem em posição de igualdade.

Tendo sido altamente utilizado o instituto da colaboração premiada no âmbito da Operação Lava Jato, com 176 acordos de colaboração premiada firmados com pessoas físicas apenas no Paraná⁴⁰⁷, e sendo essa operação considerada pelo Ministério Público Federal “a maior investigação de corrupção e lavagem de dinheiro que o Brasil já teve”⁴⁰⁸, não se pode deixar de associar a figura do corrupto com a dos investigados e acusados na Lava Jato.

Até mesmo porque, crimes econômicos, entre eles os crimes de corrupção passiva e ativa, podem não ser facilmente identificados. Dessa forma, a delação premiada aparece como meio de obtenção de prova para facilitar o processamento (e eventual condenação) desses criminosos de colarinho branco.

Portanto, em geral, o corrupto é alguém que tem, ao menos a princípio, a possibilidade de realizar acordos de colaboração premiada. Normalmente delatando demais coautores, ele faz uma troca da sua confissão por uma pena menor. Uma realidade extremamente distante da necessidade de neutralizar um indivíduo que não tem o direito de ser considerado uma pessoa de direito por conta de seu comportamento que provaria uma falta de segurança cognitiva de que se extrai o inimigo definido por Jakobs. Distante, portanto, da figura de um inimigo a ser eliminado na qual parece se encaixar o terrorista, fruto da guerra ao terror alimentada em especial pelos Estados Unidos após o atentado de 11 de setembro de 2001, e até mesmo do traficante de drogas brasileiro em muitos aspectos. Essa realidade é muito distante daquela apresentada ao criminoso de colarinho branco.

Não se deve deixar de lado o papel da criminologia midiática e o fato de que um inimigo da nação pode ser construído pela mídia, em especial mais recentemente nas redes sociais. É possível imaginar que, após a enorme divulgação destinada à Operação Lava Jato, o corrupto seja o novo inimigo no

⁴⁰⁷ *A Lava Jato em números no Paraná*. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 11 de jan. de 2019.

⁴⁰⁸ *Entenda o caso*. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso>>. Acesso em 24 de set. de 2016.

contexto de crise política pela qual passa o país. Contudo, trata-se primeiramente de um inimigo midiático. Não se nega o fato de que ele tem direitos e garantias suprimidos, como foi possível verificar no capítulo 2 do presente trabalho. Isso não significa que esse inimigo possa ser, precisamente, o mesmo inimigo definido na teoria de Jakobs.

O corrupto é alguém que pode, a princípio, negociar a sua pena. Quem tem o poder de negociar (por mais limitado e desproporcional que seja quando comparado à acusação), não pode ser considerado um inimigo a ser neutralizado no sentido dado por Jakobs.

4.4 REFLEXOS DO COMBATE À CORRUPÇÃO NO PROCESSO PENAL

Como foi visto até então, os atores de colarinho branco que praticam crimes de corrupção não estão imunes a restrições de direitos e garantias processuais penais. Devido ao fenômeno da espetacularização do processo, à enorme atenção nacional para os crimes econômicos devido, principalmente, à Operação Lava Jato, pode-se pensar que o foco no combate à corrupção pode ter tornado, recentemente, o corrupto como uma espécie de inimigo nacional.

Contudo, levando-se em consideração a teoria do direito penal do inimigo desenvolvida por Günther Jakobs e seus aspectos processuais penais, não se pode considerar o corrupto como um inimigo propriamente. Afinal, ele não tem seu status de pessoa negado, nem são aplicadas medidas para neutralizar a sua periculosidade. Até mesmo porque, crimes econômicos, apesar dos enormes danos que podem provocar, não são praticados por agentes dotados de alta periculosidade. O exemplo do terrorista, e em certa medida o do traficante de drogas, esses sim podendo ser equiparados ao inimigo comentado por Jakobs, elucidam a diferença entre as formas de tratamento impostas entre esses crimes considerados perigosos à vida da população, e crimes não perigosos (mesmo que extremamente rechaçados pela sociedade).

Um dos principais exemplos de que a utilização do termo ‘inimigo’ pode ser feita apenas em sentido amplo, não fazendo referência direta à teoria de Jakobs está no fato de que, frequentemente, o corrupto tem a opção de fazer acordos de colaboração premiada para, em troca de admitir sua culpa, obter

benefícios, em especial a redução de pena. Não seria possível negociar com um inimigo a ser eliminado.

De qualquer forma, existe um forte discurso de combate à corrupção no cenário jurídico brasileiro atual e reflexos da teoria do direito penal do inimigo no sistema penal. É importante refletir como o combate à corrupção pode estar afetando o processo penal no Brasil.

Na realidade, o próprio Jakobs cita o corrupto em sua obra. Isso ocorre quando ele aborda a questão de que não se espera mais o cumprimento do dever, a autodeterminação ordenada da pessoa, de forma que deixa de existir o elemento central de uma personalidade que dê orientação, ou seja, a presunção da fidelidade ao ordenamento jurídico. Cita, então, o seguinte exemplo: ninguém continua confiando o serviço de tesoureiro a uma pessoa corrupta. Essa simples constatação cotidiana ilustra o trato de inimigo destinado aos terroristas no sentido de que, o corrupto fica excluído do círculo de pessoas sobre as quais se têm expectativas que regem a orientação, sendo ele considerado uma fonte de perigo.⁴⁰⁹

Apesar de se utilizar desse exemplo, Jakobs acrescenta que aquele que é fiel ao ordenamento jurídico com alguma confiabilidade tem direito a ser tratado como pessoa; do contrário, será ‘heteroadministrado’ e não será tratado como pessoa.⁴¹⁰ O que, em grande parte, não pode ser observado nos casos de crimes de colarinho branco.

No que diz respeito ao discurso de combate à corrupção, é importante citar o que Zaffaroni denomina de discurso autoritário *cool*/ latino-americano. Trata-se de uma publicidade popularesca que, como a matriz norte-americana, desacredita a opinião técnica jurídica e criminológica, de forma que os operadores políticos assumem a mesma postura de desprezo.⁴¹¹

Há uma irracionalidade desprovida de coerência, tendo em vista se resumir a *slogans* ou propaganda. Acaba se tornando uma pura mensagem publicitária, sendo que muitos ‘especialistas’ encarregados de difundir esse

⁴⁰⁹ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 57.

⁴¹⁰ JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015, p. 58-59.

⁴¹¹ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 74.

discurso são palpiteiros que reforçam o discurso único. Muitas campanhas reproduzem a vingança como o principal objetivo a ser buscado, de maneira sensacionalista.⁴¹²

Nesse contexto, surgem protestos e reação dos meios de comunicação para desprestigiar qualquer medida que possa restabelecer garantias para a população ou para promover uma nova onda repressiva, aumentando os espaços de arbitrariedade. Vende-se a ilusão de que haverá mais segurança com a maior repressão penal. Fala-se em uma suposta impunidade generalizada.⁴¹³

Segundo Zaffaroni, os juízes também estão submetidos à pressão do discurso único publicitário dos meios de comunicação de massa. Assim, as sentenças que vão de encontro com esse discurso enfrentam o risco de serem estigmatizadas, podendo trazer dificuldades para o magistrado. A vulnerabilidade dos juízes em relação ao discurso autoritário *cool* é muito grande. Ainda, eles representam a principal frente de resistência ao avanço desse autoritarismo.⁴¹⁴

O direito penal do inimigo deve, portanto, ser analisado levando-se em conta os principais desdobramentos no âmbito do processo penal. Deve-se pensar em uma abordagem crítica do conceito, considerando os valores inerentes ao Estado Democrático de Direito.

Para Diogo Malan, o conceito de direito penal do inimigo pecaria pela sua pouca precisão. Assim, em relação aos delitos sobre os quais se reclamaria a incidência do direito penal do inimigo (citando o autor, o terrorismo, o tráfico de drogas e a criminalidade econômico-financeira organizada), não seriam aplicadas operações planejadas de natureza militar, mas sim uma forma de cruzada simbólica contra os considerados perversos, apesar de não serem necessariamente perigosos.⁴¹⁵

⁴¹² ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 75.

⁴¹³ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 75-76.

⁴¹⁴ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 80-81.

⁴¹⁵ MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 14, n. 59, 2006, p. 245.

A partir dessa ótica, com uma leitura relativizada e simbólica do direito (e processo) penal do inimigo, o corrupto poderia ser considerado um inimigo. Por outro lado, interpretando a teoria de Jakobs com uma perspectiva mais direta e não tão simbólica, o corrupto não seria propriamente um inimigo a ser neutralizado, tendo em vista, como foi afirmado, que não teria negado o seu status de pessoa e poderia, inclusive, negociar a sua situação no processo penal por meio de institutos como o da colaboração premiada.

Em sentido diverso, Gustavo de Souza Preussler defende que o combate à corrupção, em especial no contexto da Operação Lava Jato, representaria uma manifestação de processo penal do inimigo. Segundo o autor, a Lava Jato teria contribuído para a flexibilização das garantias processuais, em especial a imparcialidade do juiz, configurando um verdadeiro processo penal do inimigo.⁴¹⁶

Como afirma Gustavo de Souza Preussler, o fato de a corrupção configurar algo moralmente baixo não significaria que se deve subverter e romper com o sistema de garantias processuais. Em um cenário em que a Lava Jato se tornou um espetáculo, um maniqueísmo marcaria esse processo de combate à corrupção.⁴¹⁷

De qualquer forma, é um fato que o direito penal do inimigo faz parte da realidade dos sistemas jurídicos criminais. E é inconstitucional, tendo em vista que a suposta necessidade de neutralizar a periculosidade dos inimigos faz com que garantias processuais e materiais sejam suprimidas. É, portanto, incompatível com o Estado Democrático de Direito. Antes disso, o direito penal do inimigo é incompatível conceitualmente com o próprio direito penal. Afinal, ele não cria normas penais incriminadoras, mas sim demoniza determinados grupos de indivíduos, em um verdadeiro direito penal do autor, e não direito penal do fato.

Além disso, o argumento de que o direito penal do inimigo seria necessário em relação aos indivíduos que comprometeriam a existência da sociedade pela sua própria periculosidade não deve prosperar. Isso porque, a

⁴¹⁶ PREUSSLER, Gustavo de Souza. Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 25, n. 134, 2017, p. 88.

⁴¹⁷ PREUSSLER, Gustavo de Souza. Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 25, n. 134, 2017, p. 105.

percepção que se tem do risco seria apenas uma construção social, a qual não dependeria da dimensão efetiva da ameaça. Na realidade, os grupos de indivíduos geralmente eleitos como inimigos, não representariam esse risco efetivo para as instituições sociais.⁴¹⁸

Desse modo, violações a direitos e garantias, como alguns dos observados na jurisprudência brasileira, como o princípio da presunção de inocência, desestabilizam todo o sistema. Mesmo que se utilize o discurso do combate ao inimigo, em um sentido simbólico ou não, há um comprometimento do sistema como um todo, atingindo também o que, a princípio, deveria ser preservado: o direito penal do cidadão.

Assim, a resposta para tratar da criminalidade não pode estar fora do direito penal tradicional, em um parâmetro da normalidade. Não se pode concordar com uma tentativa de legitimação do direito penal do inimigo fundada no argumento de defesa das instituições que compõem o Estado Democrático de Direito. A sua defesa deve ocorrer justamente por meio do respeito às suas próprias regras do jogo. Não se pode negar o status de pessoa (com a ideia de uma pretensa auto-exclusão da personalidade jurídica por parte do inimigo) sem que ocorra uma verdadeira ruptura no sistema.⁴¹⁹

No que diz respeito às garantias processuais do réu, expressam o juízo de valor do legislador constituinte no sentido de que os princípios fundadores do Estado Democrático de Direito sejam respeitados, sendo eles: personalidade, liberdade e dignidade individuais em relação ao risco da utilização arbitrária do poder punitivo do Estado. Dessa forma, a desqualificação dessas garantias, sob o pretexto de que elas corresponderiam a um suposto empecilho à eficácia da persecução penal, representa a negação desse juízo de valor do constituinte no sentido do respeito aos princípios do Estado Democrático de Direito.⁴²⁰

Como afirma Zaffaroni, “a limitação dos direitos de todos os cidadãos para conter o poder punitivo que se exerce sobre estes mesmos cidadãos não pode

⁴¹⁸ MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 14, n. 59, 2006, p. 246.

⁴¹⁹ MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 14, n. 59, 2006, p. 246-247.

⁴²⁰ MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 14, n. 59, 2006, p. 246-251.

ser eficaz”.⁴²¹ Assim, a admissão de um tratamento penal diferenciado para um grupo de indivíduos não é eficaz na contenção do avanço do autoritarismo. Não é possível limitar esse tratamento diferenciado a um grupo selecionado sem que as garantias de todos os cidadãos sejam reduzidas em relação ao poder punitivo. O direito penal do cidadão jamais seria imune, portanto, a elementos do direito penal do inimigo, de modo a abalar o Estado de Direito.

⁴²¹ ZAFFARONI, E. Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014, p. 191.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Recentemente, o cenário jurídico brasileiro passou a conviver com uma enorme espetacularização de casos criminais envolvendo crimes econômicos. A grande mídia (e a grande quantidade de conteúdo compartilhado em redes sociais) vêm dando enorme destaque para a necessidade de se punirem políticos e empresários que teriam praticado delitos no exercício de sua função, em especial crimes de corrupção.

Tendo isso em vista, a partir da teoria do direito penal do inimigo desenvolvida por Günther Jakobs, em especial no que diz respeito aos seus aspectos processuais, procurou-se verificar a hipótese de que o criminoso de colarinho branco, mais especificamente o corrupto, seria o novo inimigo no processo penal brasileiro.

Para isso, visando delimitar o objeto de estudo, foram levantadas algumas premissas para uma definição de direito penal econômico. Constatou-se que são diversas as discrepâncias entre os autores, de forma que não existe uma conceituação única e precisa. Contudo, os diversos conceitos teriam em comum a ideia de uma criminalidade contra a ordem econômica, sendo o bem jurídico tutelado supraindividual, de maneira que as vítimas não são individualizadas e, mesmo que o prejuízo causado tenha grandes proporções, ele pode não ser facilmente identificado. Ainda, provoca grande dano, que em geral ultrapassa em muito aquele gerado pela criminalidade tradicional, sendo seus autores comumente considerados pessoas de alta respeitabilidade e status social.

Do ponto de vista criminológico, analisou-se o objeto de estudo citando algumas características da teoria do crime de colarinho branco desenvolvida por Edwin Sutherland. Afinal, ela foi uma das primeiras a explicar a criminalidade praticada por indivíduos com melhores condições socioeconômicas, deixando de atrelar a criminalidade necessariamente à pobreza.

O crime de colarinho branco corresponde a um delito praticado por um indivíduo de respeitabilidade e elevado status social no curso de sua atividade. A expressão 'crime de colarinho branco' é também muitas vezes utilizada sem um rigor técnico maior, em especial para designar os empresários e políticos investigados ou acusados de crimes de corrupção, por exemplo.

Posteriormente, foi feita uma breve análise do fenômeno da corrupção, identificando previsões legais que tipificam os crimes de corrupção. Verificou-se alguns aspectos da inspiração da Operação Lava Jato na Operação *Mani Pulite* (Mãos Limpas) italiana. Da mesma forma que se verificou no Brasil, a delação premiada teve papel muito relevante na Itália. Apesar das particularidades de cada operação, foram dois casos envolvendo corrupção sistêmica de grande complexidade.

Ainda, destacaram-se as Dez Medidas Contra a Corrupção, atualmente o Projeto de Lei 4.850/2016 que tramita no Congresso Nacional. Trata-se de fruto da visibilidade da Lava Jato cujo objetivo seria efetivar o combate à corrupção e à impunidade. Contudo, podem ser feitas críticas às medidas propostas, tendo em vista que grande parte delas gera supressão de direitos que repercutiriam em toda a população. Afinal, o combate à corrupção não pode ser feito a partir de uma redução de direitos constitucionais que fragiliza o Estado Democrático de Direito.

Tendo sido delimitado o objeto de estudo do ponto de vista legal e criminológico, observando o cenário da corrupção política que envolve atores de colarinho branco, procurou-se analisar que garantias processuais penais podem estar sendo violadas a pretexto de se combater a corrupção.

Foi desenvolvida uma pesquisa de jurisprudência para verificar as violações a algumas garantias processuais penais que estão ocorrendo nos julgamentos de crimes de corrupção. Os pontos selecionados para a análise das decisões, tendo em vista serem situações em que se verificam, com frequência, violações a garantias, foram: o cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória; a condução coercitiva; e as prisões cautelares. A pesquisa jurisprudencial foi feita nas ferramentas de buscas no site do Supremo Tribunal Federal (STF). A escolha desse tribunal ocorreu devido à sua competência material, tendo em vista que se pretendeu analisar as violações a garantias processuais penais presentes na Constituição.

O recorte temporal da pesquisa foi de 2014 a 2018. Isto porque, em 2013 foi promulgada a Lei 12.850/2013, conhecida como Lei das Organizações Criminosas, importante marco para os crimes econômicos e de corrupção no país, em especial por disciplinar os acordos de cooperação (ou delação) premiada. A referida lei esteve em vigor durante todo o ano de 2014, sendo esse

também o ano de início da Operação Lava Jato. O final da análise foi 2018, ano de realização da pesquisa. O tipo penal buscado foi o de corrupção (abarcando tanto a corrupção ativa quanto a passiva, previstas nos artigos 333 e 317 do Código Penal).

Foi feita também uma breve análise de algumas críticas destinadas à sentença proferida na ação penal envolvendo o ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, por conta da polêmica em relação a garantias processuais penais violadas no caso. Em especial, questionou-se a competência da Justiça Federal no caso, a fragilidade do conjunto probatório que fundamentou a condenação, a utilização da condução coercitiva e a divulgação de conversas obtidas por meio de interceptações telefônicas.

Na pesquisa de jurisprudência, no tópico a respeito do cumprimento da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, verificou-se que o entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal, no sentido da possibilidade do cumprimento antecipado da pena, representa um desrespeito ao princípio de presunção de inocência.

Sobre a utilização da condução coercitiva, entendeu-se ser correta a decisão do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório, constante do artigo 260 do Código de Processo Penal, não foi recepcionada pela Constituição de 1988. Afinal, o emprego da medida representa restrição à liberdade de locomoção e viola a presunção de não culpabilidade, o contraditório, a ampla defesa, o devido processo legal, o direito de não autoincriminação e a presunção de inocência, sendo, portanto, incompatível com os preceitos constitucionais.

No que diz respeito às prisões cautelares, percebeu-se a larga utilização pelo Judiciário do fundamento da garantia da ordem pública para a decretação de prisão preventiva, o que é extremamente complexo, tendo em vista a imprecisão do conceito. Muitas vezes as prisões cautelares são utilizadas como regra e não exceção, com fundamentações superficiais e genéricas. Em especial nos casos analisados em que o crime era de corrupção, as medidas alternativas poderiam ter sido consideradas suficientes para o bom andamento do processo.

Foi possível perceber que um discurso para maior punição e combate à corrupção atinge a criminalidade tradicional, não se restringindo a limitar direitos

e garantias daqueles que podem arcar com uma suposta melhor defesa técnica e influência política e econômica.

Em seguida, foi feita uma análise da teoria do direito penal do inimigo desenvolvida por Günther Jakobs, com o objetivo de verificar a possibilidade de associar a figura do corrupto com um inimigo no processo penal brasileiro.

Jakobs faz uma distinção entre o direito penal do cidadão e o direito penal do inimigo. Algumas normas se dirigiriam para os cidadãos, enquanto outras seriam pensadas para indivíduos potencialmente perigosos, identificados como inimigos. Nesse último caso, as sanções não teriam um foco retrospectivo, de punir atos passados, mas prospectivo, de prevenir contra danos futuros.

O direito penal do inimigo teria três características essenciais: primeiramente, o direito penal para esse inimigo estaria presente antes que um delito de fato ocorra; em segundo lugar, teria uma sanção extremamente severa; e em terceiro lugar, direitos processuais seriam suprimidos. Nesse sentido, enquanto o direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o direito penal do inimigo combate perigos. Na visão de Jakobs, aquele que não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal não apenas não pode esperar ser tratado como pessoa, como o Estado não deveria tratá-lo assim. Isso porque, do contrário, o direito à segurança do restante da população ficaria vulnerável.

Contudo, apesar de não se negar a existência de um direito penal do inimigo, entende haver uma incompatibilidade com o sistema do Estado de Direito e o respeito aos direitos fundamentais. Afinal, admitindo exceções no sistema, admite-se também toda a sua quebra.

Ao contrário do que prega a teoria de Jakobs, independentemente da gravidade da conduta do agente, ele deve ser punido criminalmente como um indivíduo transgressor da norma penal, e não como um inimigo do Estado e da sociedade. A excepcionalidade não pode ser aceita em um direito penal e processual penal constitucionais. Para que seja um direito penal legítimo, devem ser preservadas as garantias constitucionais. Afinal, a relativização e supressão de garantias constitucionais despersonalizam o ser humano, fomentam a repressão de ideias e de um grupo de indivíduos, ao invés de reprimir fatos e condutas, propriamente, funcionando como um verdadeiro direito penal do autor.

Posteriormente, verificaram-se alguns aspectos relativos ao direito processual penal da teoria desenvolvida por Jakobs. As tendências contrárias presentes no Direito material encontram situações paralelas no direito processual, a partir da desconsideração de determinadas garantias processuais. A propósito, é a relativização ou flexibilização de garantias penais e processuais penais uma das maiores fontes de críticas que podem ser dirigidas à teoria do direito penal do inimigo.

As medidas que relativizam direitos fundamentais que caracterizam o processo penal do inimigo são consequência de uma política criminal populista cujo objetivo é a neutralização dos indivíduos considerados perigosos para a sociedade. Desse modo, os reflexos da teoria do direito penal do inimigo no processo penal têm como principal característica a relativização ou supressão de garantias processuais penais presentes na Constituição.

Ponderou-se, então a hipótese de que o processo penal de combate à corrupção seja um processo penal do inimigo. Para isso, foi feita uma análise do exemplo estadunidense de direito penal do inimigo no combate ao terrorismo, verificando como um Estado pode se voltar para a neutralização de um inimigo. O exemplo do terrorista como inimigo presente na teoria de Günther Jakobs é citado pelo próprio autor em sua obra. A luta contra o terrorismo pode ser considerada uma verdadeira guerra contra inimigos.

A propósito, a teoria do direito penal do inimigo ganhou destaque após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001 nos Estados Unidos. Nesse contexto de guerra ao terror, um dos exemplos mais paradigmáticos é a Ordem Militar Presidencial estadunidense de 13 de novembro de 2001, cujo título é Detenção, Tratamento e Julgamento de Alguns Não-cidadãos na Guerra Contra o Terrorismo (*Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-citizens in the War Against Terrorism*). Outro exemplo da alteração na política criminal estadunidense foi o *USA PATRIOT Act* (Ato Patriota ou Lei Patriótica). Com ele, foram introduzidas novas regras na perseguição de terroristas, interferindo no equilíbrio entre os direitos individuais e a segurança pública.

Antes de 11 de setembro de 2001, pessoas que cometiam atos terroristas possuíam direito a todo o conjunto de proteções constitucionais concedidas a suspeitos e réus criminais. Entre os direitos, o de que seria necessário demonstrar causa provável para ocorrer uma busca e apreensão, o de uma

acusação por um júri, o de ter um julgamento por um júri, o de que esse julgamento seja público, o direito à defesa, o direito de confrontar testemunhas, o direito de intimar testemunhas e a exigência de prova de culpa para além de uma dúvida razoável. Esses direitos foram suprimidos na guerra ao terrorismo.

Essas leis de exceção e o combate ao terrorismo revelam a existência de um direito penal do inimigo. E a admissão da exceção, qualquer que seja, leva à consequente admissão da quebra de todo o sistema. Há, portanto, uma incompatibilidade com o Estado de Direito e com o reconhecimento e respeito aos direitos fundamentais.

Portanto, o combate ao terrorismo, em especial com o exemplo estadunidense, é uma das principais expressões de um direito (e processo) penal do inimigo. Há uma série de supressões de garantias fundamentais, em uma lógica preventiva, e legislações de exceção, visando uma neutralização desse inimigo.

A partir desse exemplo, procurou-se analisar se a figura do inimigo pode ser identificada com outros grupos de indivíduos além do terrorista. Levou-se em conta o cenário recente do sistema penal e processual penal brasileiro, considerando a existência de um processo penal midiático e da atenção destinada à criminalidade ligado ao tráfico de drogas e, mais recentemente, à criminalidade de colarinho branco.

Uma das principais formas de se verificar qual é o principal inimigo do sistema penal e processual penal (ao menos no imaginário da população) em um determinado momento, é verificando quais atividades criminais são o foco da mídia, dos meios de comunicação e, mais recentemente, quais são as condutas criminalizadas mais divulgadas e compartilhadas em redes sociais. Os problemas socioeconômicos de um país podem ser frequentemente associados a algumas formas de criminalidade em especial.

Nesse contexto, as pessoas comuns viveriam no mundo da criminologia midiática, tendo em vista que normalmente não entram em contato com os trabalhos criminológicos acadêmicos. A sua visão da questão criminal costuma ser construída pelos meios de comunicação. Uma realidade criada por meio de informações que muitas vezes veiculam preconceitos e visões punitivistas simplistas que não correspondem à realidade. Além disso, os juízes costumam ser o alvo predileto da criminologia midiática, o que representa um grande risco

quando se pensa na influência da opinião pública no processo decisório dos magistrados.

Levando-se em conta a questão midiática, pode-se atentar para o fato de que, há alguns anos no cenário brasileiro, o foco foi o combate ao tráfico de drogas. Com a Lei 11.343/2006 (conhecida como Lei de Drogas), é possível perceber o propósito do legislador em criar um crime de fácil apuração e condenação para contribuir na guerra às drogas. A legislação não apenas relativizou a necessidade de comprovação do dolo, como ampliou os verbos do tipo penal de tráfico de drogas, facilitando a atividade policial na captura dos envolvidos com substâncias ilícitas.

Dessa forma, o direito penal dos traficantes, que corresponde a uma verdadeira guerra, não apenas suspende as garantias dos traficantes, mas abre espaço para a supressão de garantias de todos aqueles que também venham a ser considerados como fonte de perigo para a vida da população.

Nesse contexto, não se pode deixar de lado a crescente visibilidade para crimes econômicos no país, em especial após o Mensalão e a Operação Lava Jato. A questão levantada foi a da possibilidade de que o criminoso de colarinho branco, mais especificamente o corrupto, seja considerado o inimigo da vez, ao menos no que diz respeito à criminologia midiática.

É possível perceber, nesse contexto de combate à corrupção provocado pela Lava Jato e em projetos como as Dez Medidas Contra a Corrupção, que algumas de suas características aproximam a figura do corrupto com a de um inimigo do direito penal. Afinal, grande parte das medidas gerariam supressão de direitos, o que ainda repercutiria em toda a população.

A questão que foi levantada é: o criminoso de colarinho branco, mais especificamente o corrupto, pode ser considerado o inimigo atual no cenário brasileiro? Parece evidente que a atenção da criminologia midiática se voltou para a criminalidade econômica. Para se chegar a uma conclusão sobre a proximidade do corrupto com o inimigo teorizado por Jakobs, considerou-se importante realizar uma reflexão sobre a possibilidade de se negociar com esse inimigo, levando em conta os acordos de delação premiada comuns nos processos penais envolvendo essa espécie de criminalidade.

A propósito, se não fosse pela Operação Lava Jato, provavelmente não existiria tanto interesse por esse instrumento de colaboração com a justiça. A

agitação provocada em torno da delação premiada se deve, em grande parte, ao enorme envolvimento de investigados e acusados de colarinho branco, da cobertura social, em um ambiente marcado pelo clientelismo e pela corrupção.

Fazendo uma leitura a partir da teoria do direito (e processo) penal do inimigo de Günther Jakobs, há quem defenda que um dos elementos do arsenal do processo penal do inimigo seriam os mecanismos de delação premiada. Não se concorda com esse posicionamento, contudo.

Afinal, se a teoria do direito penal do inimigo prevê a negação do status de pessoa a um indivíduo considerado um inimigo que necessita ser neutralizado, não se pode pensar na possibilidade de realizar um acordo de colaboração premiada com ele. Em geral, o corrupto é alguém que tem, ao menos a princípio, a possibilidade de realizar acordos de colaboração premiada. Normalmente delatando demais coautores, ele faz, a grosso modo, uma troca da sua confissão por uma pena menor. Uma realidade extremamente distante da necessidade de neutralizar um indivíduo que não tem o direito de ser considerado uma pessoa de direito por conta de seu comportamento que provaria uma falta de segurança cognitiva. Distante, portanto, da figura de um inimigo a ser eliminado na qual parece se encaixar o terrorista, fruto da guerra ao terror alimentada em especial pelos Estados Unidos após o atentado de 11 de setembro de 2001, e talvez até mesmo do traficante de drogas brasileiro em muitos aspectos. Essa realidade não é a mesma daquela apresentada ao criminoso de colarinho branco.

Não se deve deixar de lado o papel da criminologia midiática e o fato de que um inimigo da nação pode ser construído pela mídia, em especial mais recentemente nas redes sociais. É possível imaginar que, após a enorme divulgação destinada à Operação Lava Jato, o corrupto seja o novo inimigo no contexto de crise política pela qual passa o país. Contudo, trata-se primeiramente de um inimigo midiático. Não se nega o fato de que ele tem direitos e garantias suprimidos, como foi possível verificar na pesquisa de jurisprudência realizada. Isso não significa que esse inimigo possa ser o mesmo inimigo definido na teoria de Jakobs. O corrupto é alguém que pode, a princípio, negociar a sua pena. Quem tem o poder de negociar (por mais limitado e desproporcional que seja quando comparado à acusação), não pode ser considerado um inimigo a ser neutralizado no sentido dado por Jakobs.

Portanto, com uma leitura relativizada e simbólica do direito (e processo) penal do inimigo, o corrupto poderia ser considerado um inimigo. Por outro lado, interpretando a teoria de Jakobs com uma perspectiva mais direta e não tão simbólica, o corrupto não seria propriamente um inimigo a ser neutralizado, tendo em vista, como foi afirmado, que não teria negado o seu status de pessoa e poderia, inclusive, negociar a sua situação no processo penal por meio de institutos como o da colaboração premiada.

De qualquer forma, o direito penal do inimigo faz parte da realidade dos sistemas jurídicos criminais. A suposta necessidade de neutralizar a periculosidade dos inimigos faz com que garantias processuais e materiais sejam suprimidas. Portanto, é incompatível com o Estado Democrático de Direito. Mesmo que se utilize o discurso do combate ao inimigo, em um sentido simbólico ou não, há um comprometimento do sistema como um todo, atingindo também o que, a princípio, deveria ser preservado: o direito penal do cidadão.

Desse modo, percebe-se que a admissão de um tratamento penal diferenciado para um grupo de indivíduos não é eficaz na contenção do avanço do autoritarismo. Não é possível limitar esse tratamento diferenciado a um grupo selecionado sem que as garantias de todos os cidadãos sejam reduzidas em relação ao poder punitivo. O direito penal do cidadão jamais seria imune, portanto, a elementos do direito penal do inimigo, de modo a abalar o Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

10 Medidas Contra a Corrupção. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/historico>>. Acesso em: 5 de nov. de 2018.

A Lava Jato em números no Paraná. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/parana/resultado>>. Acesso em: 11 de jan. de 2019.

ABDULLAH, Daud Vicary; ASKARI, Hossein; MIRAKHOR, Abbas. The moral foundation of collective action against economic crimes. *PSL Quartely Review*. Vol. 68, n. 272, 2015.

ABREU, Ana Claudia da Silva; ABREU, Guilherme Schroeder. Terrorismo X princípio da legalidade: os reflexos do direito penal do inimigo na Lei n. 13.260/16. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*. Vol. 2, n. 2, 2016.

ALSCHULER, Albert W. The changing plea bargaining debate. *California Law Review*. N. 69, 1981.

ÁLVAREZ, Rodrigo Ríos. El derecho penal del enemigo: el problema de su legitimidad a luz de algunos de sus defensores y detractores. *Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'Higgins*. Vol. 8, n. 2, 2012.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas mãos da criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

ANITUA, Gabriel Ignácio. *História dos pensamentos criminológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2008.

ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. O Direito Penal Econômico. *Revista brasileira de ciências criminais*. Ano 7, nº 25. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 4 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. *Operação mãos limpas: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato*. Porto Alegre: CDG, 2016.

BARBOSA, Estefânia Maria de Queiroz; LUCCHESI, Guilherme Brenner. A interpretação inconstitucional do STF no HC 126.292. *Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico*. Ano 04, edição especial, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Comissões parlamentares de inquérito e suas competências: política, direito e devido processo legal. *Revista Jurídica Virtual*, vol. 2, n. 15, 2000.

BATISTA, Nilo. *Crítica do Mensalão*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2012.

BELOUSOVA, S.V.. Economic crimes: trends and ways to overcome them (with the Irkutsk Oblast as an example). *Problems of economic transition*. Vol 58, n. 7-9, 2016.

BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BORGES, Clara Maria Roman. A prisão cautelar e a garantia fundamental da presunção de inocência. *Raízes Jurídicas*. Vol. 4, n. 2, 2008.

_____. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 21, n. 104, 2013.

BORGES, Clara Maria Roman; OLIVEIRA, Vivian Von Hertwig Fernandes de. Direito penal do inimigo e a guerra contra o tráfico de drogas no Brasil. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Vol. 57, 2013.

BRANCO, Vitorino Prata Castelo. *A defesa dos empresários nos crimes econômicos*. São Paulo: Saraiva, 1982.

BUDÓ, Marília de Nardin. *Mídias e discursos de poder: estratégias de legitimação do encarceramento da juventude no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 2018.

CALLEGARI, André Luís; GIACOMOLLI, Nereu José. Prólogo III. In: JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. *O problema da pena*. Trad. Ricardo Pérez Banega. São Paulo: Editora Pillares, 2015.

CARVALHO, Alice Padilha de; LEMES, Jefferson; VASCONCELOS, Maria Teresa. Um processo penal para o nosso 'inimigo', o 'outro'. In: SALGADO, Eneida Desiree. (Org.). *Direito autoridade e alteridade: reflexões sobre o direito e o avesso*. Curitiba: Íthala, 2017.

CARVALHO, Amilton Bueno de Carvalho. *Direito penal a marteladas: algo sobre Nietzsche e o direito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

_____. *Eles, os juízes criminais, vistos por nós, os juízes criminais*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

CARVALHO, Salo de. *Penas e garantias*. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CASTELLAR, João Carlos. *Direito penal econômico versus direito penal convencional: a engenhosa arte de criminalizar os ricos para punir os pobres*. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

CHEMIM, Rodrigo. *Mãos Limpas e a Lava Jato: a corrupção se olha no espelho*. Porto Alegre: CDG, 2017.

CONDE, Francisco Muñoz. *Direito penal do inimigo*. Trad. Karyna Batista Sposato. Curitiba: Juruá, 2012.

Condução coercitiva de Lula foi decidida para evitar tumulto, diz Moro. Disponível em: < <https://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/03/1746437-conducao-coercitiva-de-lula-foi-decidida-para-evitar-tumulto-diz-moro.shtml>>. Acesso em 22 de nov. de 2018.

CORDEIRO, Pedro Ivo Rodrigues Velloso. Delitos econômicos e corrupção: marco legal e criminológico. In: COSTA, Arthur Trindade Maranhão; MACHADO, Bruno Amaral; ZACKSESKI, Cristina (coord.). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal*. Tomo 1. Brasília: ESMPU, 2016.

COSTA, Alexandre Araújo. Entre fatos e convicções: análise da sentença do juiz Sérgio Moro que condena o ex-presidente Lula. In: PRONEL, Carol [et al.] (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2007.

COSTA, Henrique Araújo; PAIXÃO, Ricardo Fernandes. *Quem mais vence HC no STF?* Disponível em: <<https://www.jota.info/stf/do-supremo/quem-mais-vence-hc-no-stf-07122017>>. Acesso em 20 de nov. de 2018.

DAL RI JÚNIOR, Arno. *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2006.

DALLAGNOL, Deltan. *A luta contra a corrupção: a Lava Jato e o futuro de um país marcado pela impunidade*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2017.

DARCIE, Stephan Doering. Processo penal do inimigo: elementos para a compreensão de sua estrutura e metodologia. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 26, n. 149, 2018.

DAVID, Décio Franco; BONATO, Gilson. Execução antecipada da pena: entre a garantia do estado de inocência, a coisa julgada e as teorias absolutas da pena. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Vol. 4, n. 3, 2018.

DAVIS, Angela J. *Arbitrary justice: the power of the american prosecutor*. Nova York: Oxford University Press, 2007.

Defensor alerta no STF para alta taxa de reforma das sentenças de segundo grau. Disponível em: <<http://www.dpu.def.br/noticias-categoria-especial/32788-defensor-alerta-no-stf-para-alta-taxa-de-reforma-das-sentencas-de-segundo-grau>>. Acesso em 20 de nov. de 2018.

Defensoria divulga análise crítica sobre as 10 Medidas Contra a Corrupção. Disponível em: <<http://10medidasemxeque.rj.def.br/campanha/>>. Acesso em 5 de nov. de 2018.

Defensoria se posiciona no STF contra execução antecipada da pena. Disponível em: <<http://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/3105-Defensoria-se-posiciona-no-STF-contr-a-execucao-antecipada-da-pena>>. Acesso em: 20 de nov. de 2018.

Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-citizens in the War Against Terrorism. Disponível em: <<https://2001-2009.state.gov/coalition/cr/prs/6077.htm>>. Acesso em 7 de jan. de 2019.

DIETER, Maurício Stegemann. "O direito penal do inimigo" e "a controvérsia". *Revista de Estudos Criminais*. Vol. 9, n. 32, 2009.

DÍEZ, Carlos Gómez-Jara. Enemy combatants versus enemy criminal law: an introduction to the European debate regarding enemy criminal law and its relevance to the Anglo-American discussion on the legal status of unlawful enemy combatants. *New Criminal Law Review*. Vol. 11, n. 4, 2008.

EDELHERTZ, Herbert. The nature, impact, and prosecution of White-collar crime. In: *National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice*. Washington, 1970.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Trad. Ana Paula Zomer Sica [et al.]. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Il paradigma garantista: filosofia e critica del diritto penale*. 2 ed. Nápoles: Editoriale Scientifica, 2016.

FERRARIS, Valeria; SCOMPARIN, Laura. *Gli appalti pubblici tra criminalità organizzata e corruzione: il quadro normativo*. In: SCOMPARIN, Laura (org.). *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e democracia. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; LOPES, Sílvia (coord.). *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004.

FGV DIREITO RIO – Centro Justiça e Sociedade O CJUS Projeto “Panaceia universal ou remédio constitucional? Habeas corpus nos Tribunais Superiores. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/dl/radiografia-habeas-corpus.pdf>>. Acesso em 21 de nov. de 2018.

FIGUEIREDO, Guilherme Gouvêa de. A teoria dos white-collar crimes, suas divergências conceituais e a necessária reflexão sobre as técnicas de tutela. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 20, n. 94, 2012.

FISCHER, George. *Plea bargaining's triumph: a history of plea bargaining in America*. Stanford: Stanford University Press, 2003.

FLORES, Marcelo Marcante. Crimes de colarinho branco e a formação do direito penal secundário: os desafios da política criminal contemporânea. *Revista de Estudos Criminais*. Vol. 11, n. 49, 2013.

FOERSTEL, Herbert N. *The Patriot Act: a documentary and reference guide*. Westport: Greenwood Press, 2008.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. Direito Penal econômico e Direito Penal dos negócios. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Nº 33. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

FRANÇA, Leandro Ayres. *Inimigo ou inconveniência de existir*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

FRIEDMAN, Lawrence. Who are we fighting? Conceptions of the enemy in the war on terror. *Ohio Northern University Law Review*. Vol 37, 2011.

GARCIA, Venessa; ARKENSON, Samantha G. *Crime, media, and reality: examining mixed messages about crime and justice in popular media*. Lanham: Rowman & Littlefield, 2018.

GERAGHTY, Thomas. The criminal-enemy distinction: prosecuting a limited war against terrorism following the September 11, 2001 terrorist attacks. *McGeorge Law Review*. Vol. 33, 2002.

GOMES, Luiz Flávio; BIANCHINI, Alice. "Direito penal" do inimigo e os inimigos

do direito penal. *Revista Electrónica del Centro de Investigaciones Criminológicas de la USMP-PERÚ*. 2 ed. Disponível em: <http://www.derecho.usmp.edu.pe/centro_inv_criminologica/revista/articulos_revista/2006/dereito_penal_do_inimigo.zip>. Acesso em 16 de dez. de 2018.

GRAY, Anthony. *Presumption of innocence in peril: a comparative critical perspective*. Lanham: Lexington Books, 2017.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. O que é e o que não é a teoria do domínio do fato sobre a distinção entre autor e partícipe no direito penal. *Revista dos Tribunais*. Vol. 933, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. Sepultamento da presunção de inocência pelo STF (e os funerais do Estado Democrático de Direito). Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/daniel-wunder-hachem/sepultamento-da-presuncao-de-inocencia-pelo-stf-e-os-funerais-do-estado-democratico-de-direito>>. Acesso em 21 de nov. de 2018.

HEUMANN, Milton. *Plea bargaining: the experiences of prosecutors, judges, and defense attorneys*. Chicago: The University of Chicago Press, 1981.

JAKOBS, Günther. *La ciencia del derecho penal ante las exigencias del presente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2000.

_____. On the theory of enemy criminal law. In: DUBBER, Markus D. (coord.). *Foundational texts in modern criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do inimigo: noções e críticas*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

JARDIM, Afrânio Silva. Breve análise da sentença que condenou o ex-presidente Lula e outros. In: PRONEL, Carol [et al.] (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2007.

_____. O ex-presidente Lula é condenado por um órgão jurisdicional incompetente: equívocos em relação à competência do juiz Sergio Moro na chamada Operação Lava Jato. In: PRONEL, Carol [et al.] (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2007.

LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. In: THAMAN, Stephen C. (coord.). *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010.

LAZZARINI, Alvaro. As Comissões Parlamentares de Inquérito como instrumento de apuração da corrupção. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; LOPES, Sílvia (coord.). *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004.

LEITE, Alaor. Domínio do fato, domínio da organização e responsabilidade penal por fatos de terceiros: sobre os conceitos de autor e partícipe na APn 470 do STF. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 22, n. 106, 2014.

LIPPKE, Richard L. *The ethics of plea bargaining*. Nova York: Oxford University Press, 2011.

LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Vol. 2. 7 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Prisões cautelares*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LUHMANN, Niklas. *Complejidad y modernidad: de la unidad a la diferencia*. Madri: Trotta, 1998.

MACDONALD, Stuart. Cyberterrorism and enemy criminal law. In: OHLIN, Jens David; GOVERN, Kevin; FINKELSTEIN, Claire. *Cyber war: law and ethics for virtual conflicts*. Oxford: Oxford Scholarship Online, 2015.

MALAN, Diogo. Processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 14, n. 59, 2006.

MAZZA, Caterina. *Il sistema di prevenzione e controllo negli appalti pubblici*. In: SCOMPARIN, Laura (org.). *Corruzione e infiltrazioni criminali negli appalti pubblici*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2016.

MELIÁ, Manuel Cancio. Terrorism and criminal law: the dream of prevention, the nightmare of the rule of law. *New criminal law review*. Vol. 14, 2011.

MESTIERI, João. Direito Penal Econômico. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Nº 33. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

MEZZETTI, Luca. *Consolidamento della democrazia e ruolo della corruzione*. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; LOPES, Sílvia (org.). *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004.

MINKES, John; MINKES, Leonard. *Corporate and White-collar Crime*. Londres: Sage, 2008.

MONREAL, Eduardo Novoa. Reflexões para a determinação e delimitação do delito econômico. *Revista de Direito Penal e Criminologia*. Nº 33. Rio de Janeiro, Forense, 1982.

MORAES, Alexandre de. Combate à corrupção – breves comentários à lei de improbidade administrativa. In: ZILVETI, Fernando Aurelio; LOPES, Sílvia (coord.). *O regime democrático e a questão da corrupção política*. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida. *Direito penal do inimigo: a terceira velocidade do direito penal*. Curitiba: Juruá, 2011.

MORAES, Mauricio Zanoide de. Análise judicial da prisão em flagrante: por uma abordagem sistêmico-constitucional. *Revista do Advogado*. Vol 31, n. 113, 2011.

MORO, Serio Fernando. Considerações sobre a Operação *Mani Pulite*. In: BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. *Operação mãos limpas: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato*. Porto Alegre: CDG, 2016.

_____. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 8.

OHANA, Daniel. Günther Jakobs's Feindstrafrecht: a dispassionate account. In: DUBBER, Markus D. (org.). *Foundational texts in modern criminal law*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

OLCHANOWSKI, Nikolai. *Plea bargaining: análise desde a filosofia da pena*. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2017.

Operação Lava Jato – Números. Disponível em: <
<http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/numeros-da-operacao-lava-jato>>.
Acesso em 22 de nov. de 2018.

PESSI, Diego; SOUZA, Leonardo Giardin de. *Bandidolatria e democídio: ensaios sobre garantismo penal e a criminalidade no Brasil*. São Luís: Livraria Resistência Cultural, 2017.

PINTO, Ronaldo Batista. A colaboração premiada da Lei n. 12.850/2013. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*. Vol. 10, n. 56, 2013.

PITT, Cassady. U.S. Patriot Act and racial profiling: are there consequences of discrimination? *Michigan Sociological Review*. Vol. 25, 2011.

Plenário declara a impossibilidade da condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=381510>>. Acesso em 22 de nov. de 2018.

POSNER, Richard A. *How judges think*. Harvard University Press, 2010.

POVEDA, Tony G. *Rethinking White-Collar Crime*. Westport: Praeger Publishers, 1994.

PRAÇA, Sérgio. *Guerra à corrupção: lições da Lava Jato*. São Paulo: Évora, 2017.

PRADO, Geraldo; MELCHIOR, Antonio Pedro. Breve análise crítica da Lei n. 12.403, de 2011, que modifica o regime das cautelares pessoais no processo penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM.*, Vol. 19, n. 223, 2011.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo: uma palavra.* Disponível em: <<http://www.professorluizregisprado.com/Artigos/Luiz%20Regis%20Prado/garantismo%20e%20direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>>. Acesso em 22 de nov. de 2018.

PRADO, Luiz Regis; CARVALHO, Érika Mendes de; CARVALHO, Gisele Mendes de. *Curso de direito penal brasileiro*. 14 ed. São Paulo: RT, 2015.

PREUSSLER, Gustavo de Souza. Combate à corrupção e a flexibilização das garantias fundamentais: a operação Lava Jato como processo penal do inimigo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Vol. 25, n. 134, 2017.

REID, Alan S.. Financial crime in the twenty-first century: the rise of the virtual collar criminal. In: RYDER, Nic (org.). *White Collar Crime and Risk: financial crime, corruption and the financial crisis*. Londres: Palgrave Macmillan, 2018.

REURINK, Arjan. "White-Collar Crime": the concept and its potential for the analysis of financial crime. *European Journal of Sociology*, v. 57, n. 3, 2016.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação. *Revista dos Tribunais*. Ano 89, v. 775. São Paulo: RT, 2000.

ROCHA JÚNIOR, Francisco de Assis do Rêgo Monteiro. A expansão do direito penal colhendo seus frutos: uma análise da delação premiada no sistema jurídico brasileiro. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil*. Vol 1, n. 5, 2005.

ROCHA JÚNIOR, Francisco Monteiro. *Argumentos jurídicos ou política criminal populista?* Disponível em:
<<https://www.gazetadopovo.com.br/opiniaao/artigos/argumentos-juridicos-ou-politica-criminal-populista-c2ntczj9riki85qw389s6rpfi/>>. Acesso em 21 de nov. de 2018.

ROCHA JÚNIOR, Francisco do Rêgo Monteiro. Criminalização dos delitos econômicos: um direito penal igual para todos? In: BONATO, Gilson (org.). *Processo Penal, Constituição e Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4 ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

_____. *Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos: táticas e estratégias do negócio jurídico*. Florianópolis: EModara, 2018.

ROSOFF, Stephen M.; PONTELL Henry N.; TILLMAN, Robert. *Profit without honor: white-collar crime and the looting of America*. Upper Saddle River: Pearson Education, 2014.

RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados: ensaios em antirriminologia*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia, tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A sentença ilegal do juiz Moro contra Lula. In: PRONEL, Carol [et al.] (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2007.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SCHLEGEL, Kip; WEISBURD, David. White-collar crime. In: SCHLEGEL, Kip; WEISBURD, David (org.). *White-collar crime reconsidered*. Boston: Northeastern University Press, 1992.

SÁNCHEZ, Jesús María Silva. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. 2 ed. Madri: Edisofer, 2001.

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. Do levantamento do sigilo das interceptações telefônicas à perda da imparcialidade objetiva. In: PRONEL, Carol [et al.] (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2007.

SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Lisboa: Edições 70, 2015.

SHAPIRO, Susan. Collaring the crime, not the criminal: reconsidering the concept of White-collar crime. *American Sociological Review*, 1990.

SHECARIA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 4 ed. São Paulo: RT, 2012.

SHOVER, Neal; HOCHSTELTLER, Andy. *Choosing White-Collar Crime*. Nova York: Cambridge University Press, 2006.

SILVA, Kelly Cardoso da. *Direito penal do inimigo: aspectos jusfilosóficos e normativos*. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

SILVA, Otavio Pinto e. Uso e abuso da condução coercitiva. In: PRONEL, Carol [et al.] (orgs). *Comentários a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2007.

SIMPSON, Sally S.; WEISBURD, David. *The Criminology of White-Collar Crime*. Nova York: Springer, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. *If People would be outraged by their rulings should judges care?* Disponível em: <http://ssrn.com/abstract_id=965581>. Acesso em: 9 de mar. de 2017.

SUTHERLAND, Edwin H. *Crime de colarinho branco: versão sem cortes*. Tradução Clécio Lemos. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

_____. *Differential Association*. In: JACOBY, Joseph E. *Classics of Criminology*. 3ª ed. Long Grove, IL: Waveland Press, 2004.

_____. *White-Collar Criminality*. In: JACOBY, Joseph E. *Classics of Criminology*. 3ª ed. Long Grove, IL: Waveland Press, 2004.

TAPPAN, Paul. Who is the criminal?. *American Sociological Review*. Vol 12. 1974.

Text: Bush Signs Anti-Terrorism Legislation. Disponível em: <http://www.washingtonpost.com/wp-srv/nation/specials/attacked/transcripts/bushtext_102601.html?noredirect=on>. Acesso em: 9 de jan. de 2018.

The 9/11 commission report. Disponível em: < https://9-11commission.gov/report/911Report_Ch1.pdf>. Acesso em: 10 de jan. de 2019.

TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*. Barcelona: Ariel, 1985.

Total de conduções coercitivas cresce 304% pós-Lava Jato. Disponível em: < <https://politica.estadao.com.br/noticias/geral,total-de-conducoes-coercitivas-cresce-304-pos-lava-jato,70001873565>>. Acesso em 22 de nov. de 2018.

TRÊS, Celso Antônio. *Teoria geral do delito pelo colarinho branco*. Curitiba: imprensa Oficial, 2006.

TSEBELIS, George. *Jogos ocultos*. São Paulo: Edusp, 1998.

TUCCI, Rogerio Lauria. *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim, 2015.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

VASCONCELOS, Maria Teresa. A presunção de inocência em um contexto de direito penal do inimigo. *Revista Jurídica Themis*, v. 27, 2017.

WALSH, Marilyn E.; SCHRAM, Donna D. The victim of white-collar crime: accuser or accused?. In: GEIS, Gilbert; STOTLAND, Ezra. *White-collar crime: theory and research*. Beverly Hills: Sage Publications, 1980.

WEISBURD, David, *et al.* *Crimes of the middle classes: white-collar offenders in the federal courts*. New Haven: Yale University Press, 1991.

WEISBURD, David; SCHLEGEL, Kip. Returning to the mainstream: reflections on past and future white-collar crime study. In: SCHLEGEL, Kip; WEISBURD, David (org.). *White-collar crime reconsidered*. Boston: Northeastern University Press, 1992.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: conferências de criminologia cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *A questão criminal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. 3 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

APÊNDICE A- DECISÕES SOBRE A POSSIBILIDADE DE CUMPRIMENTO DA PENA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO

Processo	Ano	Tipo penal imputado	Síntese dos fatos	Decisão	Garantia suprimida	Comentário	Referência
HC 126.292 / SP	2016	Crime de roubo majorado (art. 157, parágrafo 2º, incisos I e II do Código Penal).	O paciente foi condenado com direito de recorrer em liberdade; apelou para o TJSP, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição de mandado de prisão; contra a ordem de prisão, a defesa impetrou HC no STJ, e o Ministro Presidente indeferiu o pedido de liminar; a defesa impetrou, então, HC no STF, requerendo o reconhecimento do direito do paciente de recorrer em liberdade.	A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência.	Princípio de presunção de inocência.	Um dos argumentos do Min. Luís Roberto Barroso é o que de a execução antecipada da pena diminuiria o grau de seletividade do sistema punitivo, reduzindo o incentivo à criminalidade de colarinho branco.	(STF, Pleno, <i>Habeas Corpus</i> 126.292, rel. Min. Teori Zavascki, julgamento 17.02.2016, publicação 17.05.2016).
ARE 964.246 - RG / SP	2016	Segredo de justiça.	Segredo de justiça.	Por unanimidade, o Tribunal reputou constitucional a questão e reconheceu a existência de repercussão geral. No mérito, por maioria, reafirmou a jurisprudência dominante sobre a matéria.	Princípio de presunção de inocência.	Foi confirmada a alteração de entendimento no sentido da possibilidade da execução provisória da pena, com reconhecimento de repercussão geral.	(STF, Pleno, Recurso Extraordinário com Agravo 964.246, rel. Min. Teori Zavascki, julgamento 11.11.2016, publicação 25.11.2016).

HC 144.549 AgR / MG	2017	Crime de corrupção passiva (art. 317, Código Penal)	Agravo regimental de decisão que negou seguimento ao HC impetrado no STF contra decisão monocrática do STJ que indeferiu liminar em HC.	Entendeu-se que o HC não merecia ser conhecido porque impetrado contra decisão de Relator, em outro Tribunal, que indeferiu a liminar. E a decisão impugnada estaria de acordo com a recente orientação o STF em relação à possibilidade de cumprimento da pena após a decisão de 2ª instância.	Princípio de presunção de inocência.	Foi confirmada a alteração de entendimento no sentido da possibilidade da execução provisória da pena, aqui em caso específico de crime de corrupção.	(STF, 1ª Turma, Agravo Regimental no Habeas Corpus 144.549, rel. Min. Rosa Weber, julgamento 01.09.2017, publicação 13.09.2017).
HC 151.389 AgR / DF	2018	Crimes de inserção de dados falsos em sistemas de informações, de associação criminosa e de corrupção ativa (arts. 313-A, 288 e 333 do Código Penal).	Agravo regimental da decisão em que foi negado seguimento a HC impetrado contra acórdão do STJ, que denegou a ordem em HC. A defesa defende a tese da inviabilidade da execução provisória da pena, sustentando falta de fundamentação idônea do decreto prisional e violação do princípio constitucional de presunção de inocência.	Entendeu-se que o coator estaria em consonância com a jurisprudência a predominant e do STF no sentido da execução provisória da pena.	Princípio de presunção de inocência.	Aqui, a Min. Rosa Weber afirma que, apesar de sua compreensão pessoal a respeito (foi voto vencido no HC 126.292), o princípio da colegialidade deve ser respeitado.	(STF, 1ª Turma, Agravo Regimental no Habeas Corpus 151.389, rel. Min. Rosa Weber, julgamento 18.05.2018, publicação 06.06.2018).

HC 152.752 / PR	2018 (ainda não transitou em julgado)	Crime de corrupção passiva (art. 317, parágrafo 1º, Código Penal) e lavagem de dinheiro (art. 1º, inciso V, Lei 9.613/1998).	HC impetrado contra decisão proferida pelo STJ. O paciente é o ex-Presidente Lula, que foi condenado pelos crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro, com a confirmação da condenação em segundo grau. O TRF4 determinou o início da execução da pena após o exaurimento da jurisdição ordinária, o que comprometeria a presunção de inocência.	Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, conheceu do HC. Em seguida, por maioria, decidiu pela suspensão do julgamento e, por maioria, deferiu liminar para que seja expedido salvo-conduto ao paciente até o julgamento do HC. No julgamento, por maioria, denegou a ordem, vencidos, os Min. Gilmar Mendes, Dias Toffoli, Ricardo Lewandowski, Marco Aurélio e Celso de Mello.	Princípio de presunção de inocência.	Nesse HC em favor do ex-Presidente e Lula, o STF voltou ao Plenário para discutir a questão da possibilidade da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Com 6 votos a 5, o HC foi rejeitado e o entendimento majoritário foi mantido.	(STF, Pleno, <i>Habeas Corpus</i> 152.752, rel. Min. Edson Fachin, julgamento 04.04.2018, publicação 27.06.2018).
-----------------	---------------------------------------	--	---	---	--------------------------------------	---	---

APÊNDICE B – DECISÕES SOBRE CONDUÇÕES COERCITIVAS

Processo	Ano	Tipo penal imputado	Síntese dos fatos	Decisão	Garantia suprimida	Comentário	Referência
HC 107.807 / TO	2013	Crimes de corrupção ativa, passiva e de formação de quadrilha imputados a membros do Poder Judiciário	O impetrante e sustentou que, com a determinação de condução coercitiva do paciente para prestar depoimento perante a autoridade policial, teriam sido praticados atos de cerceamento de defesa e de restrição da sua liberdade. Pretendeu que fosse vedada a condução coercitiva do paciente para interrogatório, que deve ocorrer somente após prévia intimação ou citação e injustificada ausência (como previsto no art. 260 do CPP), que fosse impedida a	Tendo terminado a fase inquisitorial, a Turma julgou parcialmente prejudicada a ordem de HC, denegando a ordem na parte remanescente.	Não chegou a ser apreciada a questão da constitucionalidade da utilização da condução coercitiva (que viola a liberdade de locomoção, o devido processo legal, a ampla defesa, a presunção de inocência, o direito de não autoincriminação, o contraditório e dignidade da pessoa humana).	Caso envolvendo o uso de condução coercitiva em investigações sobre a suposta prática de crime de corrupção.	(STF, 1ª Turma, Habeas Corpus 107.807, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento 26.02.2013, publicação 26.03.2013)

			decretação da prisão preventiva, e que fosse concedida vistas dos autos ao investigado.				
HC 108.671 / TO	2013	Crimes de corrupção ativa, passiva e de formação de quadrilha imputados a membros do Poder Judiciário.	Caso de condução coercitiva do investigado para depoimento perante a autoridade policial. Com o encerramento da fase inquisitorial, o pedido restou prejudicado. Também foi alegada falta de motivação da decisão proferida no âmbito do STJ, que autorizou a realização de sucessivas escutas telefônicas, por prazo superior a 30 dias, o que	Entendeu-se que eventual condução coercitiva do paciente, na fase inquisitorial, para prestar depoimento perante a autoridade policial, diante do encerramento das investigações, não mais se afigura faticamente viável. Também, que inexistiria, na espécie, ausência de motivação da decisão que a implementou e prorrogou as interceptações telefônicas. O trancamento da ação penal na via do HC seria medida excepcional, justificando-se em casos de	Não chegou a ser apreciada a questão da constitucionalidade da utilização da condução coercitiva (que viola a liberdade de locomoção, o devido processo legal, a ampla defesa, a presunção de inocência, o direito de não autoincriminação, o contraditório e dignidade da pessoa humana).	Caso envolvendo uso de condução coercitiva em investigações que envolvem a suposta prática de crime de corrupção.	(STF, 1ª Turma, Habeas Corpus 108.671, rel. Min. Dias Toffoli, julgamento 23.04.2013, publicação 30.04.2013)

			estaria em desacordo com a lei de regência (segredo de justiça).	atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou ausência de indícios de autoria, o que não seria o caso, sendo negado o HC.			
ADPF 395	2018 (ainda não transitou ou em julgamento)	-	ADPF ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores (PT).	Por maioria de votos (vencidos Min. Alexandre de Moraes, o Min. Edson Fachin, Min. Roberto Barroso, Luiz Fux e Min. Cármen Lúcia) o Plenário declarou que a condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório, constante do art. 260 do CPP, não foi recepcionada pela Constituição. O emprego da medida representa restrição à liberdade de locomoção e viola a presunção de não culpabilidade, sendo incompatível com a Constituição. O agente ou	-	Por 6 votos a 5, o STF determinou a incompatibilidade das conduções coercitivas com a Constituição. O Min. Gilmar Mendes afirmou que a condução coercitiva seria ainda uma forma de espetacularização da investigação.	(STF, Pleno, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 395, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento 14.06.2018, publicação 15.06.2018)

				<p>a autoridade que desobedecer em a decisão poderão ser responsabilizados nos âmbitos disciplinar, civil e penal. As provas obtidas por meio do interrogatório ilegal também podem ser consideradas ilícitas, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. A decisão não desconstitui interrogatórios realizados até a data, mesmo que o investigado ou réu tenha sido coercitivamente conduzido para o ato.</p>			
--	--	--	--	--	--	--	--

ADPF 444	2018 (ainda não transitou ou em julgamento)	-	ADPF ajuizada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB)	<p>Por maioria de votos, o Plenário (vencidos Min. Alexandre de Moraes, o Min. Edson Fachin, Min. Roberto Barroso, Luiz Fux e Min. Cármen Lúcia) declarou que a condução coercitiva de réu ou investigado para interrogatório, constante do art. 260 do CPP, não foi recepcionada pela Constituição. O emprego da medida representa restrição à liberdade de locomoção e viola a presunção de não culpabilidade, sendo incompatível com a Constituição. O agente ou a autoridade que desobedecer em a decisão poderão ser responsabilizados nos âmbitos disciplinar, civil e penal. As provas obtidas por meio do interrogatório ilegal também podem ser consideradas ilícitas, sem prejuízo da responsabilização</p>	-	<p>Por 6 votos a 5, o STF determinou a incompatibilidade das conduções coercitivas com a Constituição. O Min. Gilmar Mendes afirmou que a condução coercitiva seria ainda uma forma de espetacularização da investigação.</p>	(STF, Pleno, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 444, rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento 14.06.2018, publicação 15.06.2013)
----------	---	---	--	---	---	---	---

				<p>dade civil do Estado. A decisão não desconstitui interrogatórios realizados até a data, mesmo que o investigado ou réu tenha sido coercitivamente conduzido para o ato.</p>			
--	--	--	--	--	--	--	--

APÊNDICE C – DECISÕES SOBRE PRISÕES CAUTELARES

Processo	Ano	Tipo penal imputado	Síntese dos fatos	Decisão	Garantia suprimida	Comentário	Referência
HC 130.106 / PR	2016	Crimes de corrupção passiva e lavagem de dinheiro (art. 317, caput e § 1º c/c o art. 327, § 2º, do CP e art. 1º da Lei 9.613/1998).	HC impetrado contra acórdão do STJ. O paciente foi preso preventivamente e depois denunciado. Impetrou HC alegando ausência de fundamentação do decreto prisional.	A Turma, por votação unânime, conheceu do habeas corpus, mas denegou a ordem, levando em conta que "Os fatos expostos nas decisões proferidas pelo magistrado de primeiro grau e na denúncia oferecida indicam a suposta prática de diversos crimes de corrupção passiva e de lavagem de dinheiro, inclusive em período recente, quando as condutas imputadas ao paciente já estavam sendo apuradas", persistindo a necessidade de resguardar a ordem pública.	Presunção de inocência.	Destacou-se que "a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a primariedade, a residência fixa e a ocupação lícita não possuem o condão de impedir a prisão cautelar, quando presentes os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal"	STF, 2ª Turma, <i>Habeas Corpus</i> 130.106, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento 23.02.2016, publicação 12.05.2016

HC 132.267 / PR	2016	Crimes de corrupção ativa, lavagem de dinheiro e organização criminosa .	Paciente do HC é Marcelo Bahia Odebrecht, que teve prisão preventiva decretada. Posteriormente, foram decretadas novas prisões preventiva, sob a razão de terem surgido elementos probatórios novos. A defesa alega que "o paciente Marcelo Bahia Odebrecht encontra-se preso há 06 (seis) meses em razão de sucessivas prisões ilegais e abusivas contra si expedidas pelo MM. Juiz Federal da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, que se utiliza desse cruel e deplorável expediente para inviabilizar o exercício do controle jurisdicional da liberdade mediante habeas corpus pelas instâncias superiores"	Foi conhecido o pedido de HC, mas denegada a ordem, por ter se entendido persistir a necessidade e de prisão cautelar e não se revelar suficiente a substituição da prisão preventiva por uma ou mais das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP.	Presunção de inocência.	A Turma, por votação unânime, conheceu da impetração e, por maioria, denegou a ordem, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Gilmar Mendes e Dias Toffoli, que concediam a ordem parcialmente para os fins de aplicar medidas cautelares substitutivas à prisão.	STF, 2ª Turma, <i>Habeas Corpus</i> 132.267, Rel. Min. Teori Zavascki, julgamento 26.04.2016, publicação 19.09.2016
--------------------	------	--	--	--	-------------------------	--	---

HC 131.002 MC-Extn-segunda-AgR / PR	2016	Organização criminosa, crimes contra a ordem tributária, corrupção ativa e passiva, falsidade ideológica, prevaricação e lavagem de dinheiro.	Caso da Operação Publicano em que foi decretada prisão preventiva.	Negou-se provimento, entendendo-se que a prisão preventiva foi suficientemente fundamentada.	Presunção de inocência.	Uma das alegações da defesa foi a de que a participação dos recorrentes no suposto esquema criminoso seria somente secundária.	STF, 2ª Turma, Agravo Regimental na Segunda Extensão na Medida Cautelar no Habeas Corpus 131.002, Rel. Min. Gilmar Mendes julgado em 07.10.2016, publicação em 28.10.2016
RHC 138.937 / PI	2017	Crimes de fraude à licitação, lavagem de dinheiro, corrupção e organização criminosa.	Recurso Ordinário em HC interposto contra acórdão do STJ. Alega falta de fundamentação para justificar a necessidade da prisão preventiva, defendendo a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, sendo primário, detentor de bons antecedentes e residência fixa.	Por unanimidade, negou provimento, entendendo-se que "o decreto prisional apresenta fundamentos suficientes para justificar a constrição processual da liberdade do recorrente, uma vez que calcado em sua real periculosidade para a ordem pública, em face da gravidade dos crimes de fraude à licitação, lavagem de dinheiro e corrupção supostamente	Presunção de inocência.	O Relator ressalta "que a existência de condições subjetivas favoráveis ao recorrente, tais como primariedade, bons antecedentes e residência fixa, não obstam a preventiva, desde que presentes, nos autos, elementos concretos a recomendar sua manutenção, como se verifica no caso".	STF, 2ª Turma, Recurso Ordinário em Habeas Corpus 138.937, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 07.02.2017, publicação em 03.03.2017

				praticados em prejuízo à administração pública municipal, de forma reiterada, nos anos de 2013, 2014 e 2015, em um contexto fático de associação criminosa da qual o recorrente seria o líder".			
HC 137.728 / PR	2017	Crimes de corrupção e lavagem de dinheiro.	Caso proveniente da 13ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Curitiba/PR, no âmbito da Operação Lava Jato. Foi decretada prisão preventiva para garantia da ordem pública e a defesa alega inidoneidade da fundamentação do decreto prisional.	Entendeu-se que se trata de hipótese em que as medidas cautelares diversas da prisão são suficientes para obviar o <i>periculum libertatis</i> reconhecido na espécie. Foi concedida ordem para substituir a prisão preventiva do paciente por outras medidas cautelares, a serem estabelecidas pelo	-	A defesa afirmou que buscava a análise do HC "de forma concreta, objetiva e alheia à figura pública que José Dirceu de Oliveira e Silva já teve".	STF, 2ª Turma, <i>Habeas Corpus</i> 137.728, Rel. Min. Edson Fachin, julgamento 02.05.2017, publicação 03.08.2017

				juízo de origem.			
HC 135.027 / MS	2018	Crimes de lavagem de dinheiro, peculato, corrupção, fraude à licitação, obtenção fraudulenta de financiamento em organização financeira e associação criminosa.	Caso da Operação Lava Asfáltica em que foi decretada prisão preventiva para garantia da ordem pública.	Negou-se a ordem, com o entendimento pela gravidade concreta do delito, com fundamentação idônea, não se verificando constrangimento ilegal, negando a ordem.	Presunção de inocência.	Entendeu-se que "As razões apresentadas pelas instâncias antecedentes revelam ser imperiosa a necessidade de se garantir a ordem pública, evidenciada sobretudo diante de fatos concretos aos quais se atribuiu extrema gravidade e que revestem a conduta de remarcada reprovabilidade."	STF, 1ª Turma, <i>Habeas Corpus</i> 143.247, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento 26.09.2017, publicação 25.04.2018

HC 143.24 7 / RJ	2017	Crimes de corrupção ativa e lagavem de dinheiro.	Caso da Operação Eficiência. Impetrado HC contra decisão que indeferiu pedido de liminar em HC no STJ. Havia sido decretada prisão preventiva por garantia da ordem pública e instrução criminal.	Foi concedida ordem para revogar a prisão preventiva, determinan do ao Juízo de origem que analise a necessidad e de aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319 do CPP	-	Ponto relevante para revogação da prisão preventiva no voto do Relator é que "entre o suposto concerto de versões e a decretação da prisão preventiva, decorreu lapso temporal considerável – mais de ano. Não há notícia de que o investigado tenha adotado ulterior conduta para encobrir provas, além de eventualment e ter participado de reuniões".	STF, 2ª Turma, <i>Habeas Corpus</i> 143.247 , Rel. Min. Gilmar Mendes , julgame nto 10.10.2 017, publicaç ão 07.02.2 018
------------------------	------	---	--	---	---	---	--

HC 146.813 / RJ	2017	Crimes de organização criminosa, corrupção ativa e lavagem de dinheiro.	Caso da Operação Ponto Final em que havia sido decretada a prisão preventiva para garantia da tordem pública e aplicação da lei penal. A defesa argumentou que as decisões judiciais da origem limitam-se a descrever os ditos ilícitos imputados ao paciente (<i>fumus commissi delicti</i>), sem expor, de forma individualizada, de que maneira sua liberdade poderia ameaçar as investigações, a aplicação da lei penal ou a ordem pública, não evidenciando o <i>periculum libertatis</i> .	Foi concedida a ordem para revogar a prisão preventiva por medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP)	-	O Relator afirma que "os juízes não podem ceder à pressão do grupo de trêfegos e barulhentos procuradores, nem se curvar ao clamor popular. A liberdade é a regra no processo penal; a prisão, no curso dos processos, justifica-se em casos excepcionais, devidamente fundamentados, e a via do habeas corpus é o instrumento precípua desta tutela: a proteção da liberdade"	STF, 2ª Turma, <i>Habeas Corpus</i> 146.813, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento 10.10.2017, publicação 16.11.2017
--------------------	------	---	--	--	---	--	--

HC 148.218 AgR / AM	2017	Crimes de corrupção passiva, de sonegação ou inutilização de livro ou documento e de organização criminosa.	Agravo regimental da decisão em que se negou seguimento ao HC impetrado contra acórdão do STF que denegou HC. A defesa alega inidoneidade da fundamentação da prisão preventiva, porque embasada na gravidade abstrata do delito. Destaca circunstâncias favoráveis ao paciente (como primariedade, bons antecedentes, residência fixa e ocupação lícita). A prisão preventiva foi decretada para garantia da ordem pública.	Agravo regimental em HC conhecido e não provido, com a manutenção da prisão preventiva decretada na garantia da ordem pública.	Presunção de inocência.	A Relatora destacou que a circunstância de o paciente ostentar primariedade e bons antecedentes, além de ter ocupação lícita e residência fixa não constitui óbice à decretação ou manutenção da prisão preventiva, desde que preenchidos os pressupostos e requisitos do art. 312 do CPP.	STF, 1ª Turma, Agravo Regimental no Habeas Corpus 148.218, Rel. Min. Rosa Weber, julgamento 24.11.2017, publicação 07.12.2017
------------------------------	------	---	--	--	-------------------------	--	---

HC 147.19 2 / RJ	2018	Crimes de corrupção passiva e corrupção ativa (artigos 317 e 333) e crime de organização criminosa (artigo 2º, caput, e § 4º, inciso II, da Lei 12.850/2013.	Caso do âmbito da Operação Rátatouille, o paciente teve prisão preventiva decretada para garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal e aplicação da lei penal.	Por maioria de votos, conhecido do habeas corpus e concedida a ordem para substituir a prisão preventiva por medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP).	-	No entendimento do Relator, inexistência contemporaneidade das condutas atribuídas ao paciente, de modo que o <i>periculum libertatis</i> exigido para a decretação da prisão cautelar não se faz presente. As condutas imputadas ao paciente se encerraram e dizem respeito à gestão estadual anterior, afastando o risco de reiteração delitiva.	STF, 2ª Turma, Habeas Corpus 147.192, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento 18.12.2017, publicação 22.02.2018
------------------------	------	--	--	---	---	--	---

HC 156.730 / RJ	2018 (ainda não transitou em julgado)	Corrupção, lavagem de dinheiro e organização criminosa.	Caso envolvendo supostos desvios das verbas de fundos de pensão, no âmbito da Operação Rizoma. Foi decretada prisão preventiva do paciente para garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, com fundamento nos arts. 312 e 313, inciso I, do CPP. A defesa impetrou HC buscando a revogação da prisão preventiva, por ausência de contemporaneidade, inexistência de elementos que corroborem a delação premiada feita, a ausência de indício de prática de delito, condições pessoais favoráveis ao paciente e possibilidade de substituição por cautelar diversa.	Por maioria, conheceu o HC e concedeu a ordem para substituir a prisão preventiva pelas seguintes medidas cautelares diversas da prisão (art. 319, CPP): a) proibição de manter contato com os demais investigados, b) proibição de deixar o país.	-	O Relator afirma que não basta a mera explicitação textual dos requisitos do art. 312 do CPP, sendo necessário que a alegação abstrata demonstre que tais condições. Ainda, que a tarefa de interpretação constitucional para análise de excepcional situação jurídica de constrição da liberdade exige que a alusão a esses aspectos esteja lastreada em elementos concretos, devidamente explicitados.	STF, 2ª Turma, <i>Habeas Corpus</i> 156.730, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento 26.06.2018, publicação 13.08.2018
-----------------	--	---	--	--	---	--	--